

**Joint Ventures: Neue Einordnungskonzeption im
schweizerischen Wettbewerbsrecht**

Unter besonderer Berücksichtigung des europäischen und deutschen Rechts

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würden eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

André Ruchin

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Roger Zäch

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 29.10.2003

Der Dekan: Prof. Dr. D. Zobl

Meinen Eltern und meiner Schwester

„Sometimes a cigar is just a cigar“

Sigmund Freud

DANKSAGUNG

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. iur. Roger Zäch, Direktor am Europa Institut Zürich und Vizepräsident der Wettbewerbskommission, welcher mir bei der Themenwahl sowie beim Verfassen dieser Arbeit weitgehende Freiheit überliess und mich mit wertvollen Anregungen begleitete. Des Weiteren sei hier Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Jürg Borer gedankt, der sich während der Ausarbeitung bereit erklärte, zentrale Bereiche meiner Arbeit zu begutachten, und mich mit wertvollen fachlichen Ratschlägen unterstützte.

Ganz herzlich danken möchte ich meiner guten Dissertationskollegin Frau Dr. iur. Esther Omlin, die mir fachlich wie auch menschlich stets beistand, die vorliegende Arbeit begutachtete und zahlreiche Verbesserungen anregte.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch dem stellvertretenden Direktor des Sekretariats der Wettbewerbskommission, Herrn Dr. iur. Patrik Ducrey, für seine zahlreichen und bereitwilligen Auskünfte zur Praxis. Sodann geht mein Dank an Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Stephan A. Keller – insbesondere für seine Mithilfe in drucktechnischen Angelegenheiten –, an meinen Mitdoktorand Herrn Dr. iur. Gianni Suppa, an Herrn Rechtsanwalt Dr. iur. Frank Scherrer, LL.M., an Frau lic. iur. Mahidé Aslan, an Herrn lic. oec. Franklin Villaseñor, MBA, und an Herrn lic. theol. Daniel Leiggenger, welche alle an der Entstehung des vorliegenden Werkes Anteil nahmen.

Ich danke auch dem ganzen Bibliothekspersonal der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Fribourg (Miséricorde) und den Angestellten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung in Lausanne für die stets freundliche Betreuung.

Den grössten Dank schulde ich meinen Eltern, Anna und Karel Ruchin, sowie meiner Schwester, Katerina Ruchin, welche sich kompetent der aufwendigen Bereinigung dieses Manuskripts widmete. Sie alle standen mir immer zur Seite und haben meinen bisherigen Lebensweg überhaupt ermöglicht.

Montreux/Fribourg/Zürich, März 2004

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	XI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXVII
<i>Einleitung</i>	<i>1</i>
<i>KAPITEL 1: Ausgangslage 'Joint Venture'</i>	<i>3</i>
A. Terminus, Ursprung und Synonyme	4
B. Sinngehalt des Joint Ventures	7
I. Definition durch die heutige Rechtslage im Wettbewerbsrecht	7
1. Situation in der Schweiz	8
2. Situation in der EU	12
3. Situation in Deutschland	13
II. Ausblick: Joint Venture-Verständnis im institutionellen Wirtschaftsrecht und in der Betriebswirtschaft	14
III. Andere typische Verwendungen des Ausdrucks 'Joint Venture'	18
C. Wirtschaftliche Auswirkungen einer Joint Venture- Entstehung	21
I. Vorteile aus Sicht der Mutterunternehmen	21
II. Vorteile aus Sicht des Wettbewerbs	26
III. Nachteile aus Sicht der Mutterunternehmen	27
IV. Nachteile aus Sicht des Wettbewerbs	28
D. Exkurs: Historischer Hintergrund des (Contractual bzw. Corporate) Joint Ventures	31
<i>KAPITEL 2: Relevanz der Einordnungsfrage bei Joint Venture- Entstehungen im KG</i>	<i>38</i>
A. Unterschiedliche Beurteilungsmassstäbe	39
I. Generelle Ausrichtung am (wirksamen) Wettbewerb	39
II. Strukturkontrolle gegenüber Kartellkontrolle	45
III. Strukturkontrolle gegenüber der Prüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	52
B. Verfahrensrechtliche Unterscheidungen	61
I. Präventions- und Repressionsgedanke	61
II. Regelung der Fristen und Rechtsfolgenproblem	65

C.	Unterschiedliche Rechtsfolgen bezüglich Auflagen und Bedingungen	69
D.	Bedeutung und Hintergrund der Unterschiede	71
I.	Überblick und Ansichten zum Privileg von Zusammenschlüssen	71
II.	Beweggründe für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Kontrollen	75
III.	Auswirkung des Privilegs auf das Einordnungsproblem	78
KAPITEL 3:	<i>Einordnungsvarianten und die jeweilige Absorptionsproblematik (bei zusammengesetzten Sachverhalten)</i>	79
A.	Einordnungsvarianten und zusammengesetzte Sachverhalte	79
B.	Absorptionsproblematik bei der Trennungstheorie	83
C.	Absorptionsproblematik bei der Zweischrankentheorie (Doppelkontrolle i.w.S.)	86
D.	Absorptionsproblematik bei ausschliesslicher Anwendung der Verhaltenskontrolle	89
E.	Absorptionsproblematik bei der Spezialitätstheorie	91
F.	Analyse und Konsequenz der Absorptionsproblematik	93
KAPITEL 4:	<i>Angepasste schweizerische Einordnungsthese</i>	96
A.	Eigenart des schweizerischen Kartellrechts	96
B.	These	101
KAPITEL 5:	<i>Unterscheidungskriterium der Wettbewerbsbeschränkungen</i>	103
A.	Keine (teilweise) identischen Anwendungsbereiche der Kontrollen	103
B.	Primäre Charakterisierung: Strukturänderungen versus Verhaltensweisen	106
I.	Strukturänderung als Verhaltensform	107
II.	Spezifizierung der Strukturänderung gegenüber den anderen Verhaltensweisen	109
1.	Marktstruktur (Willensbildungsbasen und wirtschaftliche Tätigkeiten)	109
2.	Änderung (im Aufbau eines Marktgefüges durch externes Unternehmenswachstum)	114

3.	Abgrenzung	119
C.	Ablehnung des Vollfunktionskriteriums	122
D.	Kontrollerwerb als entscheidendes Abgrenzungskriterium	126
I.	Beziehung des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle zur Strukturänderung	126
1.	Gemeinsame Kontrolle und Marktstruktur	127
a.	Gegenstand	127
aa.	Kontrolle	127
bb.	Gemeinsamkeit der Kontrolle	130
b.	Gegenüberstellung	133
2.	Dynamische Kriterien: Erwerb (der Kontrolle) und Änderung (der Marktstruktur)	135
a.	Marktresearchressourcen als Gegenstand des Erwerbs von Kontrolle	137
b.	Veranschaulichung an den einzelnen Joint Venture- Entstehungsarten	140
aa.	Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen	140
bb.	Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Joint Venture	143
cc.	Sonderfall: Joint Venture-Gründung (Art. 2 Abs. 2 VKU)	145
3.	Fokus: Kein Wettbewerb zwischen Joint Venture und Mutterunternehmen	149
a.	Erläuterung der Beziehung	149
b.	Konsequenz für den Fall einer Herabsetzung der Anzahl Mutterunternehmen	154
4.	Schlussfolgerungen	156
a.	Erwerb gemeinsamer Kontrolle ist kartellrechtserhebliche Strukturänderung	156
b.	Andere Wettbewerbsbeschränkungen, im Besonderen die Entstehung reiner Kartellorgane	159
II.	Vereinbarkeit mit dem Privileg von Zusammenschlüssen	161
III.	Ausschliesslichkeit der Zusammenschlusskontrolle: Keine Subsidiäranwendung der Verhaltenskontrolle	163
IV.	Bedeutung des Vollfunktionskriteriums unter der neuen Konzeption	168
1.	Autonomieverständnis	169
2.	Bedeutung der Funktionen	172
a.	Zentrale Gedanken	172
b.	Weitere Substantiierung	173
aa.	Unbedenkliche Teilfunktions-Joint Ventures	173
bb.	Gesetzliche Konzeptverträglichkeit	178

cc.	Vollfunktionskriterium als quantitativer Wert auf operativer Ebene gegenüber dem Kontrollerwerb als qualitativer Wert auf strategischer Ebene	180
3.	Dauer	182
E.	Zwischenfazit	183
KAPITEL 6:	<i>Beseitigung der Absorptionsproblematik: Sachverhaltstrennung anhand der jeweiligen Tätigkeitsbereiche</i>	185
A.	Vorhaben im Tätigkeitsbereich des künftigen Joint Ventures	191
I.	Gegenstand	191
II.	Ausschliesslich erfasst von den Rechtsfolgen der Strukturkontrolle	191
1.	Grundsatz	191
2.	Ausnahme: aggressive Unternehmenszusammenschlüsse	191
B.	Zusammenwirken der Partner in den Tätigkeitsbereichen, welche diesen wie bis anhin verbleiben	193
I.	Grundsätzliche Behandlung von Abreden im Zusammenhang mit einer Joint Venture-Entstehung	194
1.	Abreden ohne speziellen Bezug zum Joint Venture	194
2.	Spill-over effects	194
a.	Gegenstand	194
b.	Ausschliesslich erfasst von den Rechtsfolgen der Verhaltenskontrolle	198
3.	Überflüssige Unterteilung	199
II.	Ausnahme: ancillary restraints	199
C.	Missbräuchliches Verhalten im verbleibenden Tätigkeitsbereich eines marktbeherrschenden Partners	201
KAPITEL 7:	<i>Konzeptverträglichkeit mit der bisherigen Praxis der Weko</i>	202
KAPITEL 8:	<i>Fazit</i>	204
KAPITEL 9:	<i>De lege ferenda</i>	206

LITERATURVERZEICHNIS

Zitierweise:

Die aufgeführten Werke werden mit dem Namen des Autors und der Seitenzahl oder der Randnummer zitiert, sofern nichts anderes vorgesehen ist.

ABELSON Raziel, Definition, in: The Encyclopedia of Philosophy, Hrsg. Paul Edwards, New York 1972, 2. Band, S. 314 ff.

ALBERS-SCHÖNBERG Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Diss., Zürich 1980.

ALTIN-SIEBER Inci, Joint Ventures, Technologietransfer und –schutz, Diss., Heidelberg 1996.

AMSTUTZ Marc, Neues Kartellgesetz und staatliche Wettbewerbsbeschränkungen: Thesen zur Deregulierungsfunktion des Kartellrechts, in: AJP 7/1996, S. 883 ff.

AMSTUTZ Marc, Vom Kartellrecht der öffentlichen Unternehmen: Vorstudien zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit, in: Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht: Zur Emeritierung von Walter R. Schluep, Hrsg. Kellerhals Andreas, Zürich 1995, S. 73 ff. (zit. Amstutz, Vorstudien).

AMSTUTZ Marc, Konzernorganisationsrecht, Diss., Bern 1993 (zit. Amstutz, Konzernorganisationsrecht).

AREEDA Phillip/TURNER Donald F., Antitrust Analysis: an analysis of antitrust principles and their application, Boston 1992.

BALDI Marino, Zur Konzeption des Entwurfs für ein neues Kartellgesetz, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Hrsg. Zäch Roger/Zweifel Peter, St. Gallen 1995, S. 253 ff.

BALDI Marino, Überblick und allgemeine Bestimmungen – zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 1996, S. 3 ff. (zit. Baldi, Zwölf Charakteristika).

BALDI Marino/BORER Jürg, Das neue schweizerische Kartellgesetz – Bestimmungen über Wettbewerbsabreden und marktbeherrschende Unternehmen, in: WuW 4/1998, S. 434 ff.

BAUDENBACHER Carl, Zur Revision des schweizerischen Kartellgesetzes, in: AJP 11/1994, S. 1367 ff.

BAUDENBACHER Carl, Gilt es ernst mit der Kartellbekämpfung? – Fragwürdiger

Widerstand gegen die Gesetzesrevision, in: NZZ vom 20. März 2001 (66), S. 23 (zit. Baudenbacher, Gilt es ernst mit der Kartellbekämpfung?).

BAUDENBACHER Carl, Vertikalbeschränkungen im neuen schweizerischen Kartellgesetz, in: AJP 7/1996, S. 826 ff. (zit. Baudenbacher, Vertikalbeschränkungen).

BAUDENBACHER Carl, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, in: ZHR 144/1980, S. 145 ff. (zit. Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung).

BAUS Matthias, Treuepflichten des Aktionärs im Gemeinschaftsunternehmen, Diss., Frankfurt am Main 1991.

BECHTOLD Rainer, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., München 1999 (zit. Bechtold, § [Nummer]).

BECHTOLD Rainer, Die Europäische Fusionskontrolle – Erfahrungen aus der Praxis, in: Neuere Entwicklungen auf dem Gebiet des europäischen Wettbewerbsrechts, Hrsg. Schwarze Jürgen, Baden-Baden 1999, S. 117 ff. (zit. Bechtold, Erfahrungen aus der Praxis).

BECHTOLD Rainer/KLEINMANN Werner, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Aufl., Heidelberg 1989 (zit. Bechtold/Kleinmann, Einl. [Nummer]).

BERG Sanford V./DUNCAN Jerome/FRIEDMAN Philip, Joint Ventures Strategies and Corporate Innovation, Cambridge, Massachusetts 1982.

BLANK Josef, Europäische Fusionskontrolle im Rahmen der Artt. 85, 86 des EWG-Vertrages, Diss., Baden-Baden 1991.

BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, Darstellung für den Praktiker, 2. Aufl., Zürich 1996.

BOEMLE Max, Unternehmungsfinanzierung, 12. Aufl., Zürich 1998.

BORCHERT Manfred/GROSSEKETTLER Heinz, Preis- und Wettbewerbstheorie, Stuttgart 1985.

BORER Jürg, Kooperationen und strategische Allianzen, in: AJP 7/1996, S. 876 ff.

BORER Jürg, Beurteilung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2000, S. 35 ff. (zit. Borer, Marktbeherrschende Unternehmen).

BORER Jürg, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998 (zit. Borer, Art. [Nummer]).

BORER Jürg, Erste Erfahrungen im Bereich der Fusionskontrolle, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Hrsg. Meier-Schatz Christian J., Bern 1998, S. 153 ff. (zit. Borer, Erste Erfahrungen).

BORER Jürg, Unternehmenszusammenschlüsse, Art. 9-11 KG, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 1996, S. 71 ff. (zit. Borer, Unternehmenszusammenschlüsse).

BOVET Christian, Le contrôle des concentrations en droit de la concurrence (II) – procédure, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte N. 434, Sektion XIII, Stand 1999.

BRECHBÜHL Beat, Minderheitsbeteiligung als Wettbewerbsabrede?, in: NZZ vom 11./12. August 2001 (184), S. 25.

BRECHBÜHL Beat/DJALALI Jasmin, Die zivilrechtliche Folge einer unzulässigen Wettbewerbsabrede, in: SZW 3/1997, S. 102 ff.

BRODLEY Josef F., Joint Ventures and Antitrust Policy, in: Harvard Law Review 1982, S. 1521 ff.

BUNTE Hermann-Josef, Kommentar zu § 1, 22, 31 GWB und Art. 81 EGV und jeweilige Einführungen, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef/Langen Eugen, Berlin 2001 (zit. Bunte, Einführung/§/Art. [Nummer]).

BURDICK William, Principles of Roman Law and their Relations to Modern Law (1938), Reprint, Florida 1989.

CHABLOZ Isabelle, Influences du droit européen sur le droit suisse des „cartels“, in: La décartellisation en Suisse: influences européennes, Hrsg. Stoffel Walter A./Deiss Joseph, Fribourg 1999, S. 21 ff.

CLAUSEN Tilman, Ausgewählte Rechtsfragen bei der Gründung von Joint Ventures in Osteuropa (Polen und Ungarn) und Lateinamerika (Brasilien und Mexiko), Diss., Frankfurt am Main 1996.

DÄHLER Rolf, Die Fusionskontrolle, in: SZW Sondernummer 1996, S. 25 ff.

DEFERRA Giampaolo, „Joint-Venture“: Zauberformel oder eine neue juristische Wirklichkeit für die Entfaltung der Pentagonale?, in: ZfRV 5/1991, S. 333 ff.

DEISS Josef, Evaluation économique de la nouvelle loi, in: SZW Sondernummer 1996, S. 32 ff.

DIETRICH Marcel, Unternehmenszusammenschlüsse – Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10, 32-38 KG, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2000, S. 75 ff.

DIRKSEN Dirk, Kommentar zum Art. 82 EGV, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef/Langen Eugen, Berlin 2001, S. 2123 ff.

DJALALI Jasmin, Internationale Joint Ventures, erläutert am Beispiel schweizerisch-iranischer Gemeinschaftsunternehmen, Diss., Bern 1999.

DROLSHAMMER Jens I., Wettbewerbsrecht, Competition Law, Droit de la Concurrence, Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Bern 1997.

DRUEY Jean Nocolas/VOGEL Alexander, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999.

DUCREY Patrik, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures) – kartellrechtliche Aspekte, in: Mergers & Acquisitions III, Hrsg. Tschäni Rudolf, Zürich 2001, S. 127 ff.

DUCREY Patrik, Unternehmenszusammenschlüsse im Kartellrecht, in: Mergers & Acquisitions, Hrsg. Tschäni Rudolf, Zürich 1998, S. 127 ff. (zit. Ducrey, M&A).

DUCREY Patrik, Kommentar zu Art. 32-38 und Art. 50-59 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Hrsg. Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik, Zürich 1997 (zit. Ducrey, Art. [Nummer]).

DUCREY Patrik, Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG, in: AJP 7/1996, S. 918 ff. (zit. Ducrey, Besondere Fragen).

DUCREY Patrik, Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr, Diss., Freiburg 1991 (zit. Ducrey, Kartellrecht).

DUCREY Patrik/DROLSHAMMER Jens I., Kommentar zu Art. 4 Abs. 3 und Art. 9-11 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Hrsg. Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik, Zürich 1997 (zit. Ducrey/Drolshammer, Art. [Nummer]).

EBEL Hans-Rudolf, Der Zusammenschlussbegriff der Fusionskontrolle – Ein Beitrag zu § 23 GWB, in: Betriebs-Berater 17/1974, S. 749 ff.

EMMERICH Volker, Kommentar zu Art. 85 Abs. 1 EGV, in: EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, 1. Band, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1997, S. 123 ff.

EMMERICH Volker, Kartellrecht, München 1999 (zit. Emmerich, Kartellrecht).

FILLIOL Olivier A., Das internationale Joint Venture als Markterschliessungsform in Japan, St. Gallen 1994.

FLEISCHER Holger/KÖRBER Torsten, Der Einfluss des US-amerikanischen Antitrustrechts auf das Europäische Wettbewerbsrecht, in: WuW 1/2001, S. 6 ff.

FORSTMOSER Peter, Aktionärbindungsverträge, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Hrsg. Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch

Roger, Zürich 1988, S. 359 ff.

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.

FRIEDLÄNDER Heinrich, Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmens-Zusammenfassungen, Mannheim 1927.

FUNKE Guido, Technologietransfer in internationalen Corporate Joint Ventures: Eine Untersuchung zu dem Wirtschaftsordnungsrecht und den Rechtsbeziehungen im Hinblick auf patentrechtlich nicht geschützte Technologie, Diss., Frankfurt am Main 1998 (zit. Funke G.).

FUNKE Lutz-Christian, Kooperative Joint Ventures in der Europäischen Union, Eine Analyse der kartellrechtlichen Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission zu kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, Diss., Frankfurt am Main 1997.

GABRIEL Gottfried, Definitionen und Interessen, Über die praktischen Grundlagen der Definitionslehre, Stuttgart 1972.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg/REY Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 7. Aufl., Zürich 1998.

GLATTFELDER Hans, Die Aktionärbindungs-Verträge, in: ZSR 78/1959, 2. Halbband, S. 141a ff.

GRIFFIN Joseph P./CALABRESE Michael R., US Antitrust Policies on Transnational Joint Ventures, in: International Business Lawyer 7/1989, 17. Band, S. 319 ff.

GUHL Theo/DRUEY Jean Nicolas, § 59-89, in: Das Schweizerische Obligationenrecht, Hrsg. Guhl Theo, Zürich 2000, S. 653 ff. (zit. Guhl/Druey, § [Nummer]).

GYGI Fritz, Verwaltungsrecht – Eine Einführung, Bern 1986.

HÄFELIN Ulrich/HALLER Walter, Schweizerisches Bundesrecht – Die neue Bundesverfassung, 5. Aufl., Zürich 2001.

HANDSCHIN Lukas, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Zürich 1994.

HÄNER Isabelle, Comfort letters – Einsatzmöglichkeiten im Schweizerischen Kartellrecht von Wettbewerbsstreitigkeiten, in: Schweizerisches Kartellrecht – Revision und Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2002, S. 133 ff.

HERMANN Ralf, Joint Venture-Management: Strategien Strukturen, Systeme und Kulturen, St. Gallen 1988.

HOFFET Franz, Unternehmenszusammenschlüsse – Materielles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10 KG, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2000, S.

45 ff.

HOFFET Franz, Kommentar zu Art. 1, 5, 6 und 8 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörenden Verordnungen, Hrsg. Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik, Zürich 1997 (zit. Hoffet, Art. 1, 5, 6, oder 8).

HOFFET Franz/HOEHN Thomas, Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Anmerkungen zur bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbskommission, in: *sic!* 3/1999, S. 233 ff.

HOMBURGER Eric, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1990 (zit. Homburger, Art. [Nummer]).

HORBER Rudolf, Verfrühte Revision des Kartellgesetzes – Widerstand des Schweizerischen Gewerbeverbandes, in: *NZZ* vom 23./24. Dezember 2000 (300), S. 23.

HORTEN Michael R./GRAFKAGENECK Karl-Erbo, Joint-ventures in den USA: wirtschaftliche, rechtliche und steuerliche Aspekte, München 1996.

HUBER Gerhard, Das Entstehen oder Verstärken einer marktbeherrschenden Stellung durch einen Zusammenschluss, insbesondere durch Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens – Zur Auslegung des § 24 Abs. 1 GWB, in: *WuW* 6/1975, S. 371 ff. (zit. Huber G.).

HUBER Lucius, Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht, Diss., Basel 1992.

HUBER Lucius, Vertragsgestaltung: Grundstruktur, Gründung, Willensbildung und Auflösung, in: *Kooperations- und Joint-Venture-Verträge: rechtliche Probleme und Vertragsgestaltung*, Hrsg. Meier-Schatz Christian J., Bern 1994, S. 9 ff. (zit. Huber, Vertragsgestaltung).

HUBER Ulrich, Der Mischwerke-Beschluss des BGH und die Verwaltungsgrundsätze des Bundeskartellamts zur kartellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen, in: *Gemeinschaftsunternehmen – Deutsches und EG-Kartellrecht*, FIW-Schriftenreihe 122/1987, S. 1 ff. (zit. Huber U.).

HÜFFER Uwe, Aktiengesetz, 4. Aufl., München 1999 (Hüffer, § [Nummer]).

IMMENGA Ulrich, Kommentar zur FKVO, in: *EG-Wettbewerbsrecht Kommentar*, 1. Band, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1997, S. 775 ff.

IMMENGA Ulrich, Änderung der Fusionskontrollverordnung (FKVO), in: *EG-Wettbewerbsrecht Kommentar*, Ergänzungsband, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1998, VII. Abschnitt (zit. Immenga, Ergänzungsband, Art. [Nummer]).

IMMENGA Ulrich, Kommentar zu § 1 GWB, in: *GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Kommentar, 1. Aufl., Hrsg. Immenga

- Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1981 (zit. Immenga, aGWB, § 1).
- JAEGER Walter H. E., Joint Ventures: Origin, Nature and Development, in: The American University Law Review 1/1960, 9. Band, S. 1 ff.
- JUNG Christian, Kommentar zu Art. 82 EGV, in: Das Recht der Europäischen Union – Kommentar, 1. Band, Hrsg. Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, München 1999, Art. 82.
- KARALIS John P., International Joint Ventures: A Practical Guide, Minnesota 1992.
- KARTTE Wolfgang, Zur Auslegung des § 1 GWB: Kartelle – Zusammenschlüsse – Gemeinschaftsunternehmen, in: WuW 2/1963, S. 565 ff.
- KASSMAN Herbert S., Some experiences in establishing Joint Ventures and the Lessons to be drawn for the future, in: Joint Ventures as a channel for the transfer of technology, Hrsg. UNCTAD, New York 1990, S. 13 ff.
- KIRCHGÄSSNER Gebhard, Homo oeconomicus: Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, Tübingen 1991.
- KLEINMANN Werner, Die Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung auf Gemeinschaftsunternehmen, in: Recht der Internationalen Wirtschaft 8/1990 (36), S. 605 ff.
- KLEINMANN Werner/BECHTOLD Rainer, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Aufl., Heidelberg 1989.
- KLING Edward/ADKINS Bernadine, Joint ventures in the European Community, in: Joint Ventures in Europe, Hrsg. Ellison Julian/Kling Edward, London 1997, S. 1ff.
- KNÖPFLE Robert, Zur Unterscheidung zwischen konzentrativem und kooperativem Gemeinschaftsunternehmen bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsgründungen, in: Betriebs-Berater 13/1980, S. 654 ff.
- KOCH Norbert, Kommentar zu Art. 86, in: Kommentar zur Europäischen Union, 2. Band, Hrsg. Grabitz Eberhard/Hilf Meinhard, München 1986, Art. 86.
- KOPPENSTEINER Hans-Georg, Definitionsprobleme im Konzerngesellschaftsrecht, in: SAG 57/1885, S. 74 ff.
- KUMMER Max, Der Begriff des Kartells, Bern 1966.
- KURER Peter, Formen internationaler Unternehmenszusammenschlüsse, in: Mergers & Acquisitions II, Hrsg. Tschäni Rudolf, Zürich 2000, S. 141 ff.
- LANG G. Christoph, Die kartellzivilrechtlichen Ansprüche und ihre Durchsetzung nach dem schweizerischen Kartellgesetz, Diss., Bern 2000.
- LANGFELD-WIRTH Klaus, Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr:

Praktiken und Vertragstechniken internationaler Gemeinschaftsunternehmen, Heidelberg 1990.

LANGFELD-WIRTH Klaus, Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmens – Joint Venture, in: RIW 1/1990 (36), S. 1 ff. (zit. Langefeld-Wirth, Rechtsfragen).

LÖFFLER Heinz F., Kommentar zur FKVO 4064/89, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef/Langen Eugen, Berlin 2001, S. 2370 ff. (zit. Löffler, Art. [Nummer]).

LOHSE Andrea, Kartellfreie Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht: Zum Spannungsverhältnis des Art. 3 Abs. 2 der Europäischen Fusionskontrollverordnung zu Art. 85 EWG-Vertrag, Diss., Köln 1992.

LOHSE Andrea, Gemeinschaftsunternehmen nach Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung, in: ZHR 1995 (159), S. 164 ff. (zit. Lohse, Gemeinschaftsunternehmen).

LÜCKING Joachim, Horizontal Co-operation Agreements: Ensuring a modern policy, in: Competition Policy Newsletter 2/2000, S. 41 ff.

LÜDER Tilman, Konzentration und kooperative Gemeinschaftsunternehmen: Jenseits der Dichotomie, Diss., Tübingen 1997.

MÄLZER Susanne, Die Stellung von Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, in: WuW 9/1992, S. 705 ff.

MARBACH Eugen, Die Fusionskontrolle im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Hrsg. VonBüren Roland/Cottier Thomas, Bern 1997, S. 115 ff.

MEESSEN Karl M., Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Wettbewerbsrecht: Zwischen Markt und Hierarchie, in: WuW 11/1993, S. 901 ff.

MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl., Bern 1998.

MEIER-SCHATZ Christian J., EG-kartellrechtliche Behandlung von Joint Venture, in: Kooperations- und Joint-Venture-Verträge: rechtliche Probleme und Vertragsgestaltung, Hrsg. Meier-Schatz Christian J., Bern 1994, S. 105 ff.

MEIER-SCHATZ Christian J., Das neue schweizerische Kartellgesetz im Überblick – Erste Erfahrungen, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Hrsg. Meier-Schatz Christian J., Bern 1998, S. 9 ff. (zit. Meier-Schatz, Überblick).

MEIER-SCHATZ Christian J., Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, in: AJP 7/1996, S. 811 ff. (zit. Meier-Schatz, Wettbewerbsbeschränkungen).

MEISSL AREBO Ingrid, Weisser Ritter, giftige Pillen: Was man wissen muss, um die Welt der Milliarden-Deals zu verstehen: ein Leitfaden, in: NZZ Folio 11/2000, S. 22 ff.

MERCIER Pierre/MACH Olivier/GILLIÉRON Hubert/AFFOLTER Simon, Grands principes du droit de la concurrence: Droit communautaire, droit suisse, Basel 1999.

MERKLI Balz, Joint Venture: Die Partnersuche ist nicht einfach!, in: Management Zeitschrift 1988, S. 166 ff.

MESTMÄCKER Ernst-Joachim, Zum Begriff des Missbrauchs in Art. 86 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft, in: Unternehmen, Recht und Wirtschaftsordnung – Festschrift für Peter Raisch zum 70. Geburtstag, Hrsg. Schmidt Karsten/Schwark Eberhard, Köln 1995, S. 441 ff.

MESTMÄCKER Ernst-Joachim/VEELKEN Winfried, Kommentar zu § 35-47 GWB, in: GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl., Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 2001 (zit. Mestmäcker/Veelken, § [Nummer]).

MÖSCHEL Wernhard, Kommentar zu Art. 86 EGV, in: EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, 1. Band, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1997, S. 681 ff.

MUNZ Hans, Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit aus der Sicht des schweizerischen Kartellprivatrechts, Diss., Bern 1985.

NÄGELI Eduard, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, I. (Diss.) und II. Band, Zürich 1935-1941 (zit. Nägeli mit jeweiliger Bandzahl).

NICOLAYSEN Gert, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, Baden-Baden 1996.

NORDMANN Francis, Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, Diss., Zürich 1996.

OERTLE Matthias, Das Gemeinschaftsunternehmen (Joint Venture) im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 1990.

PASCHKE Marian, Anzeigepflicht beim Zusammenschluss von Unternehmen, in: Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, 3. Aufl., Hrsg. Gassen Helmut/VonHahn Helmut/Kersten Hans-Christian/Kolvenbach Walter/Lehmann Jürgen, Köln 1993 (zit. Paschke, § 23).

PATRY Robert, Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht, 8.

Band: Handelsrecht, 1. Halbband, Basel 1976, S. 1 ff.

RAASS Adrian, Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen: Theorie und Praxis, in: AJP 3/2000, S. 360 ff.

RAPAKKO Timo, Industrial property rights and transfer of technology to Joint Ventures, in: Joint Ventures as a channel for the transfer of technology, Hrsg. UNCTAD, New York 1990, S. 3 ff.

REHBINDER Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 1999.

REHBINDER Eckard, Einleitung, in: EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, 1. Band, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1997, S. 53 ff. (zit. Rehbinders E.).

REHBINDER Eckard, Konzernausserrecht und allgemeines Privatrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht, Bad Homburg v.d.H. 1969 (zit. Rehbinders E., Konzernausserrecht).

REY Heinz, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998.

REYMOND Claude, Le contrat de „Joint Venture“, in: Innominatverträge, Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Hrsg. Forstmoser Peter/Tercier Pierre/Zäch Roger, Zürich 1988, S. 383 ff.

RICHLI Paul, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz – Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, in: AJP 5/1995, S. 593 ff.

RICHLI Paul/MÜLLER Georg/JAAG Tobias, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 2. Aufl., Basel 1998.

RICHTER Burkhard, Formelle Fusionskontrolle (GWB), in: Handbuch des Kartellrechts, Hrsg. Wiedemann Gerhard, München 1999 (zit. Richter, § 37).

RITTER Lennart/BRAUN David W./RAWLINSON Francis, European Competition Law: A Practitioner's Guide, 2. Aufl., Den Haag 2000.

RITTNER Fritz, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1987.

RUFFNER Markus, Funktionale Konkretisierung der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes: Diagnosemethoden von Wettbewerbsbeschränkungen und dogmatische Konzeption von Art. 6/7 und Art. 29 KG, Diss., Zürich 1990.

RUFFNER Markus, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, in: AJP 7/1996, S. 834 ff. (zit. Ruffners, Verhaltensweisen).

RUFFNER Markus, Wettbewerbstheoretische Grundlagen der Kartellgesetzrevision, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Hrsg. Zäch Roger/Zweifel

Peter, St. Gallen 1995, S. 145 ff. (zit. Ruffner, Kartellgesetzrevision).

RUFFNER Markus, Neue Wettbewerbstheorie und schweizerisches Kartellrecht: Möglichkeiten und Grenzen einer markt- und institutionentheoretischen Fundierung der Wettbewerbspolitik, Diss., Zürich 1990 (zit. Ruffner, Wettbewerbstheorie).

RUPPELT Hans-Jürgen, Kommentar zu § 19 und 35-47, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef/Langen Eugen, Berlin 2001, S. 503 ff. (zit. Ruppelt, § [Nummer]).

RUPPELT Hans-Jürgen, Anzeige von Zusammenschlüssen, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef, Berlin 1994 (zit. Ruppelt, § 23).

SCHANZ Kai-Uwe, Export, Lizenzvergabe oder Direktinvestition? Eine wirtschaftstheoretische Analyse unternehmerischer Internationalisierungsstrategien vor dem Hintergrund der neuen WTO-Welthandelsordnung, Diss., St. Gallen 1995.

SCHEIDEGGER Eric, Feinschliff der Schweizer Wettbewerbspolitik – Entwurf zu einer Teilrevision des Kartellgesetzes, in: NZZ vom 3. Dezember 2000 (282), S. 22.

SCHERF Dieter, Konzentration und kooperative Gemeinschaftsunternehmen im europäischen Kartellrecht, in: Die Aktiengesellschaft 8/1992, S. 245 ff.

SCHERRER Frank, Das europäische und schweizerische Fusionskontrollverfahren, Diss., Zürich 1996.

SCHERRER Frank, Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz – erste Fälle und offene Fragen, in: AJP 11/1997, S. 1381 ff. (zit. Scherrer, Fälle und Fragen).

SCHIPS Bernd, Ökonomische Überlegungen zum Vorentwurf vom 3. September 1993 für ein „Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen“, in: Gewerbliche Rundschau, 2/1994, S. 43 ff.

SCHLIEDER W. Chr., Recent Antitrust Developments in the European Community, Bar Association of the City of New York, The Record 1976, S. 315 ff.

SCHLUEP Walter R., Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in: ZSR 92 nF./1973, 2. Halbband, S. 155 ff.

SCHLUEP Walter R., Über Funktionalität im Wirtschaftsrecht, in: Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Hrsg. Walder Hans Ulrich/Jaag Tobias/Zobl Dieter, Zürich 1994, S. 139 ff. (zit. Schluep, Funktionalität).

SCHLUEP Walter R., Selbstreferentielles Recht – ein Weg zur Neubegründung des Wirtschaftsrechts?, in: Festgabe Alfred Rötheli, Hrsg. Regierungsrat des Kantons Solothurn, Solothurn 1990, S. 135 ff. (zit. Schluep, Selbstreferentielles Recht).

SCHLUEP Walter R., Kommentar zu Art. 1–19 und (Gegenbemerkungen zu Art.) 29

KG'85, in: KG + PüG, Hrsg. Schürmann Leo/Schluep Walter R., Zürich 1988 (zit. Schluep, Kommentierung).

SCHLUEP Walter R., „Wirksamer Wettbewerb“ Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987 (zit. Schluep, Wirksamer Wettbewerb).

SCHLUEP Walter R., Der Alleinvertriebsvertrag: Markstein der EWG-Kartellpolitik, Bern 1966 (zit. Schluep, Alleinvertriebsvertrag).

SCHMIDHAUSER Bruno, Kommentar zu Art. 2-4, 7, 18-31, 45-49 und 60-63 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Hrsg. Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik, Zürich 1997 (zit. Schmidhauser, Art. 2-4, 7, 18-31, 45-49 und 60-63).

SCHMIDT Karsten, Kommentar zu Art. 85 Abs. 2 EGV, in: EG-Wettbewerbsrecht Kommentar, 1. Band, Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 1997, S. 291 ff.

SCHMIDT Karsten, Europäische Fusionskontrolle im System des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Betriebs-Berater 11/1990, S. 719 ff. (zit. Schmidt, Europäische Fusionskontrolle).

SCHMIDT Karsten, Macht das Kartellverbot Gemeinschaftsunternehmen für Zivilprozesse inexistent? – Bemerkungen zur Aussetzungspraxis des OLG Hamm, in: WuW 1/1988, S. 5 ff. (zit. Schmidt, Zivilprozesse).

SCHMIDT Karsten, Fehlende Parteifähigkeit einer unter Verletzung des § 1 GWB gegründeten Gesellschaft, in: WuW 10/1986, S. 812 ff. (zit. Schmidt, Parteifähigkeit).

SCHRÖTER Helmuth, Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht, in: Gemeinschaftsunternehmen – Deutsches und EG-Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe 122/1987, S. 67 ff.

SCHÜRMANN Leo, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994.

SENN Dorothea/DUCREY Patrik, Wann sind Vertikalabreden des Teufels? Stark kritizierter und fehlinterpretierter Ansatz der Weko, in: NZZ vom 7. Mai 2002 (104), S. 27.

SOMMARUGA Simonetta, Wo sind die echten Wettbewerbsverhinderer? An Kartellen unschuldige Konsumentenorganisationen, in: NZZ vom 20. November 2001 (270), S. 27.

SOMMER Patrick, Praxis der Schweizer Fusionskontrolle, Teil I, Zürich 2001.

SOMMER Patrick, Rechtliche Probleme der KG-Revision – Im Detail ungenügende Absicherung, in: NZZ vom 16. Januar 2001 (12), S. 19 (zit. Sommer, NZZ).

STAUDENMEYER Carola, Das Wirtschafts- und Vertragsrecht transnationaler Gemeinschaftsunternehmen in Entwicklungsländern, Joint Ventures in der VR China, Indonesien, Malaysia und Kenia, Diss., Berlin 1990.

STEGMÜLLER Wolfgang, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, 2. Band, Theorie und Erfahrung, Berlin 1970.

STÖCKLI Hubert, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Diss., Freiburg 1999.

STOFFEL Walter A., Das schweizerische Kartellrecht 1996: Neues und Altes bei der Wachtablösung nach zehn Jahren, in: SZW 3/1996, S. 106 ff.

STOFFEL Walter A., Unzulässige Wettbewerbsabreden, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2000, S. 19 ff. (zit. Stoffel, Wettbewerbsabreden).

STOFFEL Walter A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in: Das neue schweizerische Kartellgesetz, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 1996, S. 87 ff. (zit. Stoffel, Kartell-Zivilrecht).

STOFFEL Walter A., Les ententes restrictives à la concurrence, in: SZW Sondernummer 1996, S. 7 ff. (zit. Stoffel, Ententes).

STOFFEL Walter A./DEISS Joseph, La décartellisation en Suisse: influences européennes, Fribourg 1999.

SUTER DEPLAZES Dominik C., Gemeinschaftsunternehmen im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht – Geltendes Recht und Reformvorschläge, Diss., Zürich 2000.

TEGEN Thomas, Joint Venture-Vertrag und Projektträgergesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Diss., Frankfurt am Main 1998.

TERCIER Pierre, Le nouveau droit de la concurrence: le temps des questions, in: AJP 7/1996, S. 791 ff.

TERCIER Pierre, L'inépuisable droit des contrats, in: Journées du droit de la construction, 1. Band, Freiburg 1999, S. 1 ff. (zit. Tercier, Contrats).

TSCHÄNI Rudolf, Gesellschafts- und kartellrechtliche Probleme der Gemeinschaftsunternehmen (Joint Ventures), Die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer rechtlichen Einordnung, in: SAG 49/1977, S. 88 ff.

TSCHÄNI Rudolf, Übernahme- und Zusammenschlussformen, in: Mergers & Acquisitions, Hrsg. Tschäni Rudolf, Zürich 1998, S. 1 ff. (zit. Tschäni, M&A).

ULMER Peter, Gemeinschaftsunternehmen im EG-Kartellrecht, in: WuW 7/1979, S. 433 ff.

VEIT Marc D., Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen als Alternative zur strukturellen Marktanalyse, in: AJP 10/1999, S. 1269 ff.

VENTURI Silvio, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im Wettbewerbsrecht (I) – Materielles Recht, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte N. 433, Sektion XIII, Stand 1999.

VOGT Nedim Peter/WATTER Rolf, Joint Ventures in Switzerland, Basel 1995.

VONBALLMOOS, Thomas, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe?, in: AJP 3/1999, S. 295 ff.

VONBÜREN Roland, Der Konzern: Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, in: Schweizerisches Privatrecht, 8. Band: Handelsrecht, 6. Halbband, Basel 1997, S. 1 ff.

VONBÜREN Roland, Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen und europäischen Recht, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Hrsg. Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1996, S. 11 ff. (zit. VonBüren, Wettbewerbsbeschränkungen).

VONBÜREN Roland/KINDLER Thomas, Das schweizerische Kartellrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil: Binnenmarktrecht, Hrsg. Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich, Bern 1999.

VONBÜREN Roland/STOFFEL Walter A./SCHNYDER Anton K./CHRISTEN-WESTENBERG Catherine, Aktienrecht, Zürich 2000.

VONSAVIGNY Eike, Grundkurs im wissenschaftlichen Definieren, Übungen zum Selbststudium, 5. Aufl., München 1980.

VONSTEIGER Fritz, Parallelgesellschaften, in: SAG 29/1956 u. 1957, S. 208 ff.

VONSTOEPHASIUS Peter, Kommentar zu Art. 81 EGV, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., Hrsg. Bunte Hermann-Josef/Langen Eugen, Berlin 2001, S. 1916 ff.

WALTER Regula, Kommentar zu Art. 12-17 KG, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 und zu den dazugehörigen Verordnungen, Hrsg. Homburger Eric/Schmidhauser Bruno/Hoffet Franz/Ducrey Patrik, Zürich 1997 (zit. Walter, Art. 12-17).

WATTER Rolf/LEHMANN Urs, Die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im neuen Kartellgesetz, in: AJP 7/1996, S. 855 ff.

WEBER Bruno, Warum so viele Übernahmen scheitern, Ungebrochenes Vertrauen in Mergers and Acquisitions, in: NZZ vom 31. Oktober 2000 (254), S. 25.

WEDER Rolf, Joint Venture, Theoretische und empirische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Chemischen Industrie der Schweiz, Diss., St. Gallen 1989.

WIEDEMANN Gerhard, Aktuelle Entwicklungen bei der kartellrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen, in: Betriebs-Berater 2/1984, S. 285 ff.

WILLISTON Samuel/JAEGER Walter J. E., A Treatise on the Law of Contracts, 3. Aufl., 2. Band, Mount Kisco (N.Y.) 1959.

WISSEL Holger, Gemeinschaftsunternehmen im EWG-Kartellrecht – eine Erwiderung, in: Gemeinschaftsunternehmen Deutsches und EG-Kartellrecht, FIW-Schriftenreihe 122/1987, S. 85 ff.

WOHLMANN Herbert, Bekämpfung des Missbrauchs von Marktmacht, in: SZW Sondernummer 1996, S. 22 ff.

WOHLMANN Herbert, Deregulierung und Kartellrecht, in: SJZ 10/1995, S. 185 ff. (zit. Wohlmann, Deregulierung).

WÜRSCH Daniel, Der Aktionär als Konkurrent der Gesellschaft, Seine rechtliche Stellung sowie Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung von Gesellschaft und Mitaktionären, Diss., Zürich 1989.

ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999.

ZÄCH Roger, Sind die wettbewerbsrechtlichen Spiesse der KMU im Vergleich zu Grossunternehmen gleich lang?, in: Aspekte der schweizerischen Wirtschaftspolitik, Festschrift für Jaeger Franz/Furrer Jürg, Hrsg. Gehrig Bruno, Zürich 2001, S. 373 ff. (zit. Zäch, KMU).

ZÄCH Roger, Einzelfragen der Kartellrechtspraxis, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, Hrsg. Zäch Roger, Zürich 2000, S. 1 ff. (zit. Zäch, Einzelfragen).

ZÄCH Roger, Kontrolle des Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen, in: Das neue Kartellgesetz – Erste Erfahrungen in der Praxis, Hrsg. Meier-Schatz Christian J., Bern 1998, S. 117 ff. (zit. Zäch, Kontrolle des Verhaltens).

ZÄCH Roger, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, Zürich 1996 (zit. Zäch, EU).

ZÄCH Roger, Die Rückabwicklung verbotener Kartelleistungen – dargestellt am Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, Bern 1977 (zit. Zäch, Rückabwicklung).

ZÄCH Roger/ZWEIFEL Peter, Plädoyer für das neue Kartellgesetz, in: Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, Hrsg. Zäch Roger/Zweifel Peter, St. Gallen 1995, S. 19 ff.

ZENTES Joachim, Ost-West Joint Ventures als strategische Allianzen, in: Ost-West Joint Ventures, Hrsg. Zentes Joachim, Stuttgart 1992, S. 3 ff.

ZIHLMANN Peter, Gemeinschaftsunternehmen (Joint Business Ventures) in der Form von Doppelgesellschaften, in: SJZ 21/1972, S. 317 ff.

ZIMMER Daniel, Kommentar zu § 1 GWB, in: GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl., Hrsg. Immenga Ulrich/Mestmäcker Ernst-Joachim, München 2001 (zit. Zimmer, § 1).

ZURKINDEN Philipp, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, Unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrecht, Diss., Basel 1999.

ZURKINDEN Philipp, Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Teil: Binnenmarktrecht, Hrsg. Koller Heinrich/Müller Georg/Rhinow René/Zimmerli Ulrich, Bern 1999 (zit. Zurkinden, Fusionskontrolle).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
aArt.	alte Artikel
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, unterteilt in die Teile L (Loi, verbindliche Erlasse) und C (Communication, unverbindliche Mitteilungen)
ABl 2001 C 368/7 ff.	Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis)
ABl 2001 C 188/5 ff.	Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind
ABl 2001 C 3/2 ff.	Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit
ABl 2000 C 291/1 ff.	Mitteilung der Kommission – Leitlinien für vertikaler Beschränkungen
ABl 1999 C 132/1 ff.	Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag
ABl 1998 C 66/14 ff.	Mitteilung der Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen in der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
ABl 1998 C 66/5 ff.	Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
ABl 1998 C 66/1 ff.	Mitteilung der Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
ABl 1997 C 372/13 ff.	Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäss Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis)

	Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen
ABl 1994 C 385/1 ff.	Bekanntmachung der Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
ABl 1993 C 43/2 ff.	Bekanntmachung der Kommission über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EWG-Vertrages
ABl 1986 C 231/2 ff.	Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft fallen, geändert durch ABl 1994 C 368/20
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AktG	deutsches Aktiengesetz
a.M.	anderer Meinung
Amtl.Bull. NR	Amtliches Bulletin des Nationalrats
Amtl.Bull. StR	Amtliches Bulletin des Ständerats
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGBI.	deutsches Bundesgesetzblatt
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerische Bundesgericht

BGH	deutsche Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
Botschaft 1994	Botschaft (des Bundesrats) zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994 (Sonderdruck 94.100); BBl 1995 I 468 ff.
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	Beziehungsweise
C	Cour
ca.	zirka
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
Ders.	Derselbe
d.h.	das heisst
Dies.	Dieselbe
Diss.	Dissertation
E-FusG	Entwurf des Bundesgesetzes über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung; BBl 2000 V 4531 ff.
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 in der geänderten Fassung durch den Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997
Einf.	Einführung
endg.	endgültig

etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäische Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 in der geänderten Fassung durch den Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997
E-VKU (und Kommentar zum E-VKU)	Entwurf zur VKU; enthalten im Schreiben des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 12. Februar 1996 an die interessierten Organisationen der Wirtschaft zur Durchführung einer begrenzten Vernehmlassung über den Verordnungsentwurf; inkl. der Beilage eines Kommentars zum Entwurf
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	und folgende Seite/Seiten/Nummer/Nummern
F&E	Forschung und Entwicklung
FIW-Schriftenreihe	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
FKVO	Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 1989 L 395/1 ff.
FN.	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GWB	deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1998 (BGBl. I S. 2546)
GWB'90	deutsches Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Februar 1990 (BGBl. I S. 235)
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber(in)

i.e.S.	im engeren Sinn
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JV.	Joint Venture (die Abkürzung bezeichnet zusammen mit einer Nummer jeweils Entscheide der Europäischen Kommission, zu finden unter < http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases > [Stand: chronologische Nachführung, besucht am 12. Oktober 2002])
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG) (SR 251)
KG'85	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1985 (Kartellgesetz, KG) (SR 251)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission
Konzentrationsmemorandum	Das Problem der Unternehmenskonzentration im Gemeinsamen Markt: Denkschrift der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft – Kommission vom 1. Dezember 1965 – SEK (65) 3500, in: WuW 4/1966, S. 330 ff.
lit.	litera
M.	Merger (die Abkürzung bezeichnet zusammen mit einer Nummer jeweils Entscheide der Europäischen Kommission, zu finden unter < http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases > [Stand: chronologische Nachführung, besucht am 12. Oktober 2002])
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	Mit (einem) weiteren Hinweis/en
N.	(Rand-) Nummer

nF.	neue Folge
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (Organization for Economic Cooperation and Development)
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PüG	Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985 (SR 942.20)
resp.	respektive
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs, Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbskommission/Der Einfachheit halber werden die früheren Ausgaben dieses Publikationsorgans mit derselben Abkürzung erfasst. Darunter fallen: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers (1987- erste Hälfte 1997); Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission (1966-1986)
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft: Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung des EuGH
sog.	Sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 281.1)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft
u.	und
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UNCTAD	United Nations conference on trade and development
US(A)	Vereinigte Staaten (von Amerika)
u.U.	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (SR 251.4)
VO	Verordnung
VO (EG) Nr. 2659/2000	Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung (ABl 2000 L 304/7)
VO (EG) Nr. 2658/2000	Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (ABl 2000 L 304/3 ff.)
VO (EG) Nr. 2790/1999	Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABl 1999 L 336/21 ff.)

Vorb.	Vorbemerkung
Weko	schweizerische Wettbewerbskommission
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb: Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht
WuW-E	WuW-Entscheidungssammlung
z.B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

Einleitung

Weltweit sind Unternehmenszusammenschlüsse seit Ende des 20. Jahrhunderts wieder im Vormarsch¹. Dabei nehmen Joint Ventures als eine flexible und darum beliebte Form des Zusammenwirkens verständlicherweise einen bedeutenden Platz ein².

Sind einmal die delikaten und oft langwierigen Verhandlungen über die Entstehung eines künftigen Joint Ventures abgeschlossen, *kann* sich den Vertragspartnern noch eine letzte grosse Hürde in den Weg stellen: Die Vereinbarkeit ihres Vorhabens mit den jeweiligen Kartellrechtsbestimmungen betroffener Staaten. Im Vorfeld stellt sich dann die entscheidende und schwierige³ Frage, ob solche Regelungen (der Verhaltens- bzw. Strukturkontrolle) auf die Entstehung eines Joint Ventures überhaupt *anwendbar* sind. Die Erfassung des Vorhabens durch ein Kartellrecht kann bereits auf die Ausgestaltung des Vertragsinhalts erhebliche Auswirkungen haben und gegebenenfalls auch ein Scheitern von Verhandlungen hervorrufen. Daneben kann die Rechtssicherheit betreff späterem Bestand eines Joint Ventures für alle Beteiligten und allenfalls auch für Dritte erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden, falls die betroffene Rechtsordnung eine unbefristete Verhaltenskontrolle vorsieht, die zu einem beliebigen Zeitpunkt auf den Sachverhalt angewendet werden kann (dies um so mehr, falls eine Auflösung ex tunc vorgesehen ist). Die kartellrechtliche Einordnung von praktisch relevanten Joint Venture-Vorhaben präjudiziert über weite Strecken den Entscheid über seine rechtliche Zulässigkeit. Wegen der grossen Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Erfassungsproblematik von Joint Venture-Vorhaben nimmt die dogmatische Diskussion in der ausländischen Rechtslehre und Praxis einen hohen Stellenwert ein⁴.

¹ MEISSL AREBO, S. 22: Schon vor hundert Jahren wurden die Vereinigten Staaten von Amerika von einem Zusammenschlussfieber heimgesucht. Seither ist dieses Fieber immer wieder ausgebrochen. Im viel kleineren Schweizer Markt wurden seit der Einführung einer schweizerischen Fusionskontrolle bis Ende 2001 immerhin über 170 Zusammenschlüsse bei der Weko gemeldet (vgl. dazu die Statistiken in: RPW 1997/1, S. 10; RPW 1997/4, S. 425; RPW 1999/1, S. 18; RPW 1999/4, S. 579; RPW 2001/1, S. 15; RPW 2002/1, S. 17).

² So kommt beispielsweise „in der Praxis der *Europäischen Fusionskontrolle* [...] der Gründung von GU eine herausragende Bedeutung zu. Mit etwa der *Hälfte* aller angemeldeten Transaktionen (Stand: 31.12.1998) stellt die Prüfung von GU die *grösste Gruppe* innerhalb des Arbeitsspektrums der Merger Task Force dar“ (LÖFFLER, Art. 3 N. 31).

In der Schweiz gestaltet sich die Lage ganz ähnlich: „Die bisherige Praxis hat gezeigt, dass *ca. die Hälfte aller gemeldeten Zusammenschlüsse* die Form von Gemeinschaftsunternehmen hatte“ (DUCREY, M&A, S. 138 m.w.H.). Entsprechend handelte es sich im Jahre 2000 bzw. 2001 bei den 54 bzw. 36 der Weko gemeldeten Zusammenschlüssen in 22 bzw. 14 Fällen um Joint Venture-Entstehungen, wie dem OECD Bericht (RPW 2002/1, S. 196 ff.) und den jeweiligen RPW Veröffentlichungen zu entnehmen ist (In den Jahren 2002 und 2003 hat der Anteil geringfügig abgenommen: Von den untersuchten und im RPW publizierten 26 Zusammenschlüssen im Jahre 2002 bzw. von den 24 im Jahre 2003 handelte es sich bei jeweils 5 um Joint Venture-Entstehungen). Damit bildete das Joint Venture auch in der Schweiz den Hauptgegenstand bzw. die *grösste Gruppe* innerhalb der gemeldeten Zusammenschlüsse.

³ ZURKINDEN, S. 75: „Die Schwierigkeit der wettbewerbsrechtlichen Erfassung der GU besteht also weniger in der reinen materiellrechtlichen Beurteilung, sondern in der vorgängig zu beantwortenden Frage, unter welchen materiellen Bestimmungen des Kartellgesetzes [...] sie geprüft werden müssen“ (vgl. auch ZURKINDEN, S. 78).

⁴ Statt vieler SCHERRER, S. 34 m.w.H.

Demgegenüber fiel die entsprechende Auseinandersetzung in der Schweiz bis anhin relativ bescheiden aus. Dies ist einmal darauf zurückzuführen, dass das KG erst seit Mitte der neunziger Jahre mit einer effizienten Zusammenschlusskontrolle nachgerüstet wurde; dann aber auch auf die geringe räumliche Dimension der Schweiz und eine damit einher gehende limitierte Varietät an interessanten Einzelfällen der Praxis in so kurzer Zeit. Oft begnügt sich das schweizerische Schrifttum, mit pauschalen Analogieschlüssen auf die Lehre und Praxis des ähnlich ausgestalteten EG-Rechts zurückzugreifen, um die dort verwendeten dogmatischen Lösungsansätze generell zu übernehmen.

Die vorliegende Abhandlung dient einer vertieften Auseinandersetzung mit solchen dogmatischen Lösungsansätzen und untersucht bzw. hinterfragt allfällige Analogien zum schweizerischen Kartellrecht. Denn die anhaltenden Kontroversen über den diesbezüglichen Anwendungsbereich in der ausländischen Lehre und Praxis, die Theoriendivergenz und die kürzlich vorgenommenen bzw. noch anstehenden Gesetzesänderungen im deutschen und europäischen Kartellrecht, sowie die verhältnismässig schnellen Abfolgen von Bekanntmachungen zu dieser Problematik im EG-Recht zeigen die weiterhin bestehenden Unsicherheiten über die Einordnung von Joint Ventures auf⁵. Die bis anhin ausgearbeiteten Lösungsansätze sind – wenigstens langfristig gesehen – noch in keiner Weise gefestigt. Ebenso wenig sind diese schlicht auf das schweizerische Recht zu übernehmen. Vielmehr sind vertiefte Nachforschungen und Grundsatzüberlegungen erforderlich, um eine langanhaltende schweizerischen Lösung zu erarbeiten.

Es wird einerseits zu beantworten sein, was das schweizerische Kartellrecht unter dem Ausdruck 'Joint Venture' versteht. Hier werden v.a. Abklärungen zu den einzelnen Begriffskriterien einer noch zu suchenden Definition des Joint Ventures (aus Sicht des Wettbewerbsrechts) bzw. genauere Auseinandersetzungen mit den Tatbeständen des Kartellrechts getätigt, um festzuhalten, welche Lebenssachverhalte mit einer allfälligen Prüfung durch das KG überhaupt zu rechnen haben – und welche nicht. Zentral wird aber eine für die Schweiz dogmatisch angepasste Antwort auf die Frage gegeben und verteidigt, **welchen Kontrollen Joint Ventures im KG zuzuordnen sind**. Primär wird also *nicht* untersucht *wie* (etwas), sondern **was** durch welche Kontrolle zu beurteilen ist.

⁵ Ähnlich auch IMMENGA, S. 941 (oben). Vgl. dazu auch FN. 782.

KAPITEL 1: Ausgangslage 'Joint Venture'

Die arge **Begriffsverwirrung**, die im Zusammenhang mit dem Joint Venture sowohl in der Wissenschaft („in der Lehre gibt es bis anhin noch keinen allgemein anerkannten Begriff“⁶) und Praxis – vgl. beispielsweise die unterschiedliche Begriffsverwendung der Weko in den Fällen *BP Amoco p.l.c. - Mobil Corporation*, *PubliGroupe - Swisscom* und *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz* (wo sogar eine gemeinsamen Kontrolle fehlte)⁷ – wie auch in der Laiensphäre herrscht, macht es unentbehrlich, vorweg einen kurzen Überblick über dieses Institut zu vermitteln. Da sich ein Konsens im Schrifttum über den Gehalt des Ausdrucks nicht abzuzeichnen vermag und vermehrt persönliche Anschauungen in den Terminus projiziert werden, muss im Vorfeld klargestellt werden, wie der Ausdruck in dieser Abhandlung überhaupt zu verstehen ist. Dabei wird primär Wert auf ein rechtliches und weniger auf ein allgemeines Verständnis gelegt. Gerade im Wettbewerbsrecht ist es aber unumgänglich und erforderlich, neben dem rechtlichen auch ökonomisches Gedankengut mit einzubeziehen.

Dieser erste Teil soll dem Leser die Ausgangslage der in dieser Abhandlung entscheidenden Problematik näher bringen, eine einheitliche und fundierte Verständigungsbasis für das weitere Vorgehen schaffen und gleichzeitig einen **Beitrag zu einer einheitlichen Begriffsverwendung in Lehre und Praxis** leisten. Dazu wird in einem ersten Schritt auf den Ausdruck und schwergewichtig auf die heutige Definition des Joint Ventures aus Sicht des Kartellrechts eingegangen (A und B.I). Weiter werden einige dem hiesigen Verständnis ähnliche Auffassungen aus Bereichen aufgezeigt, welche wegen ihrer Nähe zum Kartellrecht für Letzteres von Bedeutung sind (B.II). Anschliessend werden einige weiteren, hier nicht verwendeten Sinngehalte des Joint Ventures aufgeführt, um Verständnisprobleme im Zusammenhang mit anderen Schriften zu vermeiden oder diese doch wenigstens zu entschärfen (B.III). Das Bild wird durch die generelle Darstellung der positiven und negativen Auswirkungen einer Joint Venture-Entstehung abgerundet (C).

⁶ SUTER DEPLAZES, S. 19.

⁷ *Beendigung der Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation*, RPW 2000/1, S. 53 f.; *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 10; *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz*, RPW 1998/1, S. 20 ff., N. 11 f. (Zu beachten gilt es, dass auch im Entscheid *Vivendi Environnement/Novartis International AG*, RPW 2000/4, S. 657 f., von einem 'Gemeinschaftsunternehmen' gesprochen wurde, obwohl *keine gemeinsame*, sondern nur eine einfache Kontrolle bestand). Genauer zum Ganzen in FN. 17 und 75.

A. Terminus, Ursprung und Synonyme

Der **Terminus** setzt sich zusammen aus den englischen Wörtern 'Joint' und 'Venture'. Dabei bedeutet 'Joint' einfach übersetzt soviel wie: verbunden, gemeinschaftlich, gemeinsam, ungeteilt, zur gesamten Hand, kollektiv oder solidarisch; 'Venture' ist gleichzusetzen mit: Wagnis, Spekulation, Unternehmen, schwimmendem Gut⁸.

Über den **Ursprung** des Terminus herrscht in der Lehre Uneinigkeit. Dabei sind grundsätzlich folgende zwei Ansätze zu erkennen: Die einen wollen die Wurzeln direkt im US-amerikanischen Sprachgebrauch erblicken⁹, während die anderen weiter zurück auf eine Organisationsform des alten *englischen* Gesellschaftsrechts greifen¹⁰. Letzteren zufolge ist der Ausdruck 'Joint Venture' abgeleitet von den Bezeichnungen *Merchant Venturers* resp. *Gentlemen Adventurers*, welche im Rahmen der Kolonialisierung attraktive Gesellschaftsformen darstellten¹¹. Klar ist heute nur, dass der Ausdruck über die US-amerikanische *Geschäftspraxis international* bekannt wurde, wo er im 19. Jahrhundert von der US-amerikanischen Rechtsprechung als eine Unternehmensform im Sinne eines nicht-inkorporierten vertraglichen Zusammenschlusses mit Ausrichtung auf ein bestimmtes Vorhaben verstanden wurde¹². Erst in jüngster Zeit hat sich seine Verwendung auch im Wettbewerbsrecht als eigen verstandener Fachausdruck eingebürgert, dessen *inhaltliche* Bedeutung im Anschluss erläutert wird.

In der Literatur besteht eine Vielzahl an **Synonymen** für den Ausdruck 'Joint Venture'. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass der Terminus in jüngster

⁸ Aus: *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages, Definitions of the Legal and Commercial Terms and Phrases of American, English, and Civil Law Jurisdictions*, 1. und 2. Band, Minnesota 1985. Vgl. auch KARALIS, S. 6 und JAEGER, S. 9, die unter dem Ausdruck 'Adventure' „Expectation of profit“ verstehen; MERKLI, S. 166, mittlere Spalte.

⁹ Vgl. u.a. DJALALI, S. 9; HUBER, S. 1 (m.w.H. in FN. 2); ZIHLMANN, S. 317 (in FN. 1).

¹⁰ Vgl. zum ganzen Abschnitt die zitierte Meinung bei DEFERRA, S. 334, linke Spalte. Gemäss JAEGER, S. 2 und 5 (insb. in seiner FN. 15), wurde in England der Ausdruck 'Joint Adventure' verwendet, der dasselbe aussage wie der Ausdruck 'Joint Venture'. Somit scheint dieser indirekt davon auszugehen, dass der Terminus 'Joint Venture' auf das alte englische Recht zurückgeht, da solche 'Adventures' dort bereits vor ca. 500 Jahren bekannt waren. Zu unterscheiden ist die Frage nach dem Ursprung des Terminus von der Frage nach dem *historischen Ursprung des Sinngehalts* (Begriffs) des Joint Ventures. Denn die grundsätzliche Idee des Joint Ventures geht viel weiter zurück in der Zeitrechnung (genauer dazu: infra KAPITEL 1: D). Dort wurden solche Gebilde selbstverständlich anders bezeichnet, weshalb der Ursprung des Sinngehalts aus terminologischer Sichtweise für den Joint Venture-Ausdruck nebensächlich ist. Vielmehr ist die Suche nach dem Ursprung des (englischen) Terminus auf englischsprachige Gebiete beschränkt. Vgl. auch die Äusserung bei DEFERRA, S. 335, rechte Spalte, dass es sich beim Joint Venture „um einen besonders geglückten Ausdruck handelt, der dem Zauber der Sprache entspringt“.

¹¹ Durch eine solche Auffassung liesse sich auch die bei FN. 8 angebrachte Übersetzung 'schwimmendes Gut' für den Ausdruck 'Venture' logisch erklären, da zur Kolonialzeit alle englischen Kolonien über den Wasserweg erreicht wurden. Weiter ist zu beachten, dass die Bezeichnungen im Plural gehalten sind (Venturers oder Adventurers) und somit ein Kollektiv voraussetzen, weshalb man das Element 'Joint' u.U. über diesen Weg in die älteren Ausdrücke als bereits enthalten hinein interpretieren kann.

¹² ALTIN-SIEBER, S. 140; DEFERRA, S. 334, linke Spalte; DJALALI, S. 9 f.; KARALIS, S. 6 (m.w.H. in FN. 2); STAUDENMEYER, S. 115, FN. 43 m.w.H. Vgl. genauer zum US-amerikanischen (inhaltlichen) Verständnis des Joint Ventures infra KAPITEL 1: D.

Zeit in Mode gekommen ist und damit einerseits Eingang in verschiedene Rechtsgebiete gefunden hat, wo er unterschiedlichen (bestehenden) Rechtsinstituten gleichgesetzt wurde, andererseits vielerorts Bestrebungen ausgelöst hat, die englische (ausländische) Bezeichnung zu nationalisieren, indem für den mitgebrachten Inhalt gleichbedeutende (inländische) Wörter entwickelt wurden¹³. Hier sollen einige der wichtigen in der deutschen Sprache synonym verwendeten Ausdrücke aufgeführt werden, um bei der Konsultation weiterer Literatur zu vermeiden, dass Verwirrungen nur aufgrund anderer Bezeichnungen – für denselben Inhalt – entstehen. Es handelt sich dabei um eine beispielhafte Aufzählung, die, sofern dies denn in Anbetracht der Unübersichtlichkeit der grossen Anzahl an Lehrmeinungen und Unbestimmtheit des Gegenstands überhaupt möglich wäre, keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt. Die aufgeführten Wörter werden *in dieser Arbeit* alle gleichbedeutend für den noch zu beschreibenden Sinngehalt verstanden und verwendet, sofern nichts anderes steht. Diese Festlegung hat ausschliesslich formelle Bedeutung, weshalb daraus keine weiteren Schlüsse gezogen werden sollen, insb. nicht beim konsultieren von Autoren, die für die Ausdrücke abweichende Inhalte verwenden.

Eines der meist verwendeten Synonyme für das Joint Venture ist der Ausdruck **'Gemeinschaftsunternehmen'**. Er wird sowohl von Autoren des Wettbewerbsrechts wie auch von jenen des Gesellschaftsrechts und in der Betriebswirtschaftslehre als gleichbedeutend verstanden¹⁴. Es ist aber festzuhalten, dass es sich dabei nicht um eine klar profilierte Verwendung handelt. Vielmehr werden die Ausdrücke von einigen Autoren abgrenzend zueinander begriffen: So sehen solche Autoren oft einen der beiden Ausdrücke für den hier verwendeten Inhalt vor, während der andere meist eine umfangreichere Bedeutung einnimmt¹⁵. Bei solchen Meinungsverschiedenheiten ist es

¹³ Zum Umstand, dass der Ausdruck erst seit kurzem in Mode gekommen ist vgl.: DEFERRA, S. 333, rechte Spalte; KASSMAN, S. 13, linke Spalte, bemerkte im Zusammenhang mit der Umschreibung seiner ersten Erfahrungen mit Joint Ventures im Jahre 1965: "in fact, I am not sure the term 'joint venture' was popular in those days"; TEGEN, S. 43. Aus Platzgründen wird hier verzichtet, auch alle existierenden fremdsprachigen Ausdrücke als Synonyme aufzuführen. Vielmehr konzentriert sich die Aufzählung auf die in der deutschen (und notgedrungen auch englischen) Sprache verwendeten Bezeichnungen.

¹⁴ Synonyme Verwendung des Ausdrucks im Wettbewerbsrecht z.B. von: FUNKE, S. 7 und 11; HOFFET, Art. 5 N. 137; HOMBURGER, Art. 2 N. 13 ff. (Der Autor verweist hinten auf S. 540 in seinem Sachregister unter dem Stichwort 'Joint Venture' u.a. auf den Titel 'Gemeinschaftsunternehmen'); SUTER DEPLAZES, S. 13; ZIMMER, § 1 N. 401 (wo in der FN. 1031 auf § 1 N. 499 der Voraufgabe verwiesen wird [Verfasser war IMMENGA]). Dort wird die Gleichstellung noch explizit erwähnt; NICOLAYSEN, S. 260; MEIER-SCHATZ, S. 113; VONBÜREN/KINDLER, N. 32 ff. WATTER/LEHMANN, S. 862, linke Spalte.

Synonyme Verwendung des Ausdrucks im Gesellschaftsrecht und in der Betriebswirtschaft z.B. von: BÖCKLI, N. 1212, 1490 und 1579o; BOEMLE, S. 506; CLAUSEN, S. 23; FILLIOL, S. 15; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 876 (N. 21); HERMANN, S. 1; HUBER, S. 3; LANGEFELD-WIRTH, S. 34; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 581; MUNZ, S. 43; OERTLE, S. 1; VONBÜREN, S. 25; WÜRSCH, S. 169 (der zusätzlich zwischen dem Verständnis im juristischen und dem [weiteren] allgemeinen Sprachgebrauch unterscheidet); ZENTES, S. 4; ZIHLMANN, S. 317, linke Spalte.

Die Autoren SCHLUEP, S. 341 und TSCHÄNI, S. 88 ff. (insb. FN. 11), schreiben gleichzeitig über das Gesellschafts- und das Wettbewerbsrecht. Sie verwenden dabei in beiden Rechtsgebieten die Ausdrücke als Synonyme.

¹⁵ Autoren, die den Ausdruck 'Gemeinschaftsunternehmen' *nicht* als Synonym verwenden: einerseits im Wettbewerbsrecht: ZURKINDEN, S. 7 ff.; ALTIN-SIEBER, S. 148 f. und 253; andererseits im Gesellschaftsrecht und in der Betriebswirtschaft: DJALALI, S. 11 f. und 14 ff.; FUNKE G., S. 23 ff.; REYMOND, S. 385; STAUDENMEYER, S. 8; TEGEN, S. 143 f.; WEDER, S. 36 f.
Zu den anderen typischen Verwendungen des Terminus 'Joint Venture' vgl. infra KAPITEL 1: B.III.

wichtig zu wissen, dass es nicht darauf ankommt, ob jemand diesen oder jenen Ausdruck für einen bestimmten Inhalt verwendet, sondern lediglich darauf, *wie* ein Terminus verstanden wird und dass er in diesem Verständnis konsequent angewandt wird¹⁶. Hervorzuheben ist, dass auch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden den Terminus 'Joint Venture' nicht einheitlich verwenden, weshalb beim Lesen derer Entscheide besondere Vorsicht und Aufmerksamkeit geboten ist¹⁷.

Weitere in der Literatur häufig zu findende Synonyme sind beispielsweise: *Beteiligungsgesellschaft*, *gemeinsames (Tochter-)Unternehmen*, *Gemeinschaftskörperschaft*, *Gemeinschaftswerk*, *gemischte Gesellschaft*, *Grundgesellschaft*, *Partnerschaftsunternehmen*, *Trägergesellschaft*, *wirtschaftliche Assoziation mit ausländischer Beteiligung*, dann aber auch *Joint Venture-Gesellschaft*, *Joint Venture-Körperschaft*, *Corporate Partnership*, *Equity Joint Venture*, *Fifty-fifty Corporation*, *Joint Adventure*, *Joint Business Venture*, *Joint Enterprise*, *Jointly-owned Subsidiary*, *Joint Undertaking* oder *Mixed Enterprise*¹⁸. Die vielen (teils) englischsprachigen Synonyme erklären sich mit der Verbreitung des Joint Venture-Ausdrucks über die USA nach Europa und den hiesigen Bestrebungen, sich vom anderen Joint Venture-Verständnis in den USA abzugrenzen¹⁹.

¹⁶ Insb. wird damit die Gefahr gebannt, dass funktionsgerechte Beurteilung durch Begriffsdiskussionen ersetzt wird, wie TSCHÄNI, S. 89, linke Spalte, befürchtet. Denn ohne Definitionen kann die Wissenschaft nicht bestehen.

¹⁷ So bezeichnete das Sekretariat der **Weko** im Fall *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz*, RPW 1998/1, S. 20 ff., N. 11 f., ein Unternehmen gleichzeitig als Joint Venture und Gemeinschaftsunternehmen (wobei beide Ausdrücke nicht dem hier verstandenen Sinngehalt entsprechen). Demgegenüber verstand die Weko in den Fällen *Vodafone AirTouch PLC/Vivendi S.A./Canal + S.A.*, RPW 2000/3, S. 411; *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 10, den Ausdruck 'Joint-Venture-Gesellschaft' als Synonym zum Gemeinschaftsunternehmen, während der Terminus 'Joint Venture' im letzten Fall eine umfangreichere Bedeutung einnahm. Immerhin verwendete die Weko in einem kürzlichen Entscheid die beiden Ausdrücke als Synonyme: *Beendigung der Joint Ventures (Gemeinschaftsunternehmen) zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation*, RPW 2000/1, S. 53 f. Es bleibt abzuwarten, welche Verwendung sich langfristig durchsetzt. Vor Erlass der letzten Fassung des Kartellgesetzes wurden die Bezeichnungen 'Joint Venture' (RPW 1989/1b, S. 25; RPW 1993/1a, S. 29) und 'Gemeinschaftsunternehmen' (RPW 1993/3, S. 12 und 119 f.) von den schweizerischen Wettbewerbsbehörden auch schon verwendet. Nichts deutet jedoch darauf hin, dass diese in irgend einer Weise als gleichbedeutend verstanden wurden. Vgl. zur unbewussten Verwendung des Ausdrucks 'Gemeinschaftsunternehmen' die Aussagen des wissenschaftlichen Adjunkts und des Direktors vom Sekretariat der schweizerischen Kartellkommission aus dem Jahre 1996 bei ZURKINDEN, S. 34, FN. 175 f.

¹⁸ Vgl. dazu (teils mit weiteren Bezeichnungen) auch ALTIN-SIEBER, S. 144 und 146; CLAUSEN, S. 22; DJALALI, S. 10 f. und 268; HUBER, S. 2 f.; HUBER, Vertragsgestaltung, S. 13; MERKLI, S. 166, mittlere Spalte; WEDER, S. 33; WILLISTON/JAEGER, S. 544 ff.; WÜRSCH, S. 169; ZIHLMANN, S. 317. WÜRSCH, S. 169, FN. 2, ratet von der Verwendung des Wortes 'Tochtergesellschaft' ab, da dieser Ausdruck den Tatbestand der rechtlich zwar selbständigen, wirtschaftlich jedoch in einen Konzern integrierten und damit von einer Muttergesellschaft abhängigen Gesellschaft beschreibt. Der Ausdruck '*Joint Enterprise*' wird zwar von der Lehre teils als Synonym verwendet, nicht aber in der vorliegenden Abhandlung: FN. 141.

¹⁹ Zum US-Verständnis vgl. infra KAPITEL 1: D.

B. Sinngehalt des Joint Ventures

I. Definition durch die heutige Rechtslage im Wettbewerbsrecht

Bis anhin wurde nur von der Bezeichnung 'Joint Venture' gesprochen. In diesem Teil soll nun der Inhalt des Ausdrucks festgehalten werden. Da die Jurisprudenz reichlich genährt ist mit den unterschiedlichsten Umschreibungen und Definitionen über Joint Ventures, ist es im Vorfeld notwendig abzuklären, welchen Anforderungen eine Definition generell standhalten muss, um den Inhalt 'richtig' bestimmen zu können. Dazu soll nur kurz auf eine wichtige Errungenschaft der **modernen Definitionstheorien** hingewiesen werden. Der zufolge sind Definitionen nie als richtig oder falsch zu beurteilen; statt dessen sind diese entweder brauchbar oder unbrauchbar bzw. als gut oder schlecht zu evaluieren²⁰. Eine Definition ist brauchbar und gut, wenn sie dem Zweck dient, für den sie bestimmt ist. In diesem Sinne werden abweichende Inhalte für den Ausdruck 'Joint Venture' nicht als falsch gewertet, sondern u.U. als weniger geeignet angesehen, vorliegenden Zwecken zu entsprechen. *Insb. wird somit nicht darauf verzichtet, sich mit derartigen Definitionen, die auch anderen Zwecken dienen (z.B. solchen des Gesellschaftsrechts und der Betriebswirtschaft), unter Beachtung der nötigen Vorsicht konstruktiv beeinflussen zu lassen und ihnen wertvolle Informationen zu entnehmen*²¹. Nicht zuletzt soll eine mit Nachteilen verbundene und realitätsfremde Scheuklappen-Mentalität vermieden werden.

Entsprechend liegt auf der Hand, dass jede Bewertung (oder Suche nach) einer Definition mit der Identifikation ihres (künftigen) Zwecks beginnen muss, was Kenntnis über das Umfeld erfordert, in dem die Definition benötigt wird. Die hier gesuchte Definition soll in erster Linie den Gegenstand vorliegender Untersuchung umreissen²². Da die Untersuchung vorwiegend im schweizerischen Wettbewerbsrecht stattfindet und dort speziell im Kartellrecht, muss der **Zweck der hier zu suchenden Definition** v.a. darin liegen, *volkswirtschaftlich oder sozial schädlich wirkende Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit das Funktionieren des*

²⁰ Vgl. zum ganzen Abschnitt eine Auswahl von Vertretern der modernen Definitionstheorien: ABELSON, S. 322, linke Spalte: „In either case it may be said that the information conveyed is subject to being evaluated as good or bad, but not to being verified as true or false. [...] The most we can do on a general level is [...] to say generally that definitions are good if and only if they serve the purpose for which they are intended. Thus, an evaluation of a definition must begin with the identification of the point or purpose of the definition, and this requires knowledge of the discursive situation in which the need for the definition arises.“; GABRIEL, S. 84 ff.; STEGMÜLLER, S. 15 ff.: Er bezeichnet die traditionelle Auffassung als *Fiktion*, wonach wissenschaftliche Behauptungen, denen Tatsachen (oder nicht realisierte Sachverhalte) korrespondieren, als *wahr* resp. umgekehrt als *falsch* zu gelten haben. Vielmehr vertritt er, dass sich die „Welt [...] nicht unabhängig von der Sprache in Tatsachen oder auch nur bloss mögliche Sachverhalte [gliedert]. Die Gliederung der Realität in Sachverhalte und Tatsachen ist *relativ* auf eine diese Realität beschreibende Sprache.“; VONSAVIGNY, S. 11 („Es ist im allgemeinen nicht sehr hilfreich, [...] wenn man eine Definition mit der Bemerkung angreift, sie entspreche nicht den Tatsachen“) und S. 25 ff.

²¹ Das spielt im Folgenden v.a. für Definitionen und Ansichten aus den Bereichen des Gesellschaftsrechts und der Betriebswirtschaft eine Rolle. Mehr dazu infra unter KAPITEL 1: B.II.

²² So ähnlich auch TEGEN, S. 143, zur Definition über den Gegenstand seiner Abhandlung.

*Wettbewerbs zu fördern*²³, um für dieses Rechtsgebiet überhaupt von Bedeutung zu sein.

1. Situation in der Schweiz

Am einfachsten und angenehmsten ist es, wenn sich der Gesetzgeber bei der Frage nach der Bedeutung eines Terminus entgegenkommend zeigt. Dies kann mittels einer sog. Legaldefinition (wie z.B. in Art. 110 StGB) geschehen, wo der Gesetzgeber im voraus generell bestimmt, wie ein Terminus im Zusammenhang mit dem entsprechenden Gesetz zu verstehen ist. Der Zweck einer solchen Legaldefinition wird unter diesen Umständen unmittelbar mit dem Gesamtzweck des Gesetzes mitgeliefert. Oftmals ist der Gesamtzweck in einem sog. Zweckartikel verankert wie denn auch im Kartellrecht (Art. 1 KG). Da sich die *hier gesuchte* Definition an der kartellrechtlichen Zwecknorm orientieren soll²⁴, bedeutet dies im Falle des Vorliegens einer allfälligen Legaldefinition nichts anderes, als dass die gesuchte Definition mit einer solchen Legaldefinition identisch ist. In Art. 4 KG, der sich mit den wichtigsten Begriffen des Gesetzes auseinandersetzt, ist jedoch keine *explizite* Definition für das Joint Ventures zu finden²⁵. Mehr Erfolg hat man in der Ausführungsverordnung zum Kartellgesetz²⁶. Art. 2 VKU ist mit dem Titel 'Gemeinschaftsunternehmen' überschrieben, was hier, wie bereits erwähnt, als gleichbedeutend mit dem Ausdruck 'Joint Venture' verwendet wird:

„¹Ein Vorgang, durch den **zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen** erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne vom Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Gesetzes dar, wenn **das Gemeinschaftsunternehmen** auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

²Gründen **zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen**, das sie **gemeinsam kontrollieren** wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn **das Gemeinschaftsunternehmen** die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen.“

Zwar klärt der Artikel zur Hauptsache, ob und ab wann Gemeinschaftsunternehmen einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG darstellen²⁷, legt gleichzeitig aber auch fest, was unter einem Gemeinschaftsunternehmen zu verstehen ist: Im letzten Nebensatz von **Art. 2 Abs. 1 und 2 VKU** spricht der Verordnungsgeber über „*das Gemeinschaftsunternehmen*“

²³ Dies entspricht dem Zweck des Kartellrechts (gemäss Art. 1 KG und Art. 96 Abs. 1 BV). Ähnlich argumentiert auch LOHSE, S. 6, welche eine operationale Begriffsbildung nur darin sieht, dass diese sich am *Schutzzweck* des Kartellrechts ausrichtet. Näheres dazu infra KAPITEL 2: A.I.

²⁴ Vgl. FN. 23.

²⁵ In der Botschaft 1994, S. 84, spricht der Bundesrat zwar von Gemeinschaftsunternehmen, unterlässt es aber, den Ausdruck näher zu erklären.

²⁶ Vgl. Näheres zur Beziehung des Kartellgesetzes und seiner Ausführungsverordnung bei FN. 805.

²⁷ Der Versuch einer wettbewerbsrechtlichen Definition eines Joint Ventures bei DJALALI, S. 11 f., verkennt diese Tatsache und verwechselt 'Gemeinschaftsunternehmen' mit 'Unternehmenszusammenschluss', da sie das Joint Venture einschliesslich der Voraussetzung definiert, dass zusätzlich auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt zu sein brauchen. Somit unterstellt sie dem schweizerischen Wettbewerbsrecht ein zu enges Joint Venture-Verständnis (DJALALI, S. 13). Ähnliche Kritik ist auch schon bei SCHLUEP, S. 482, zu finden.

(somit handelt es sich hier um einen **Rechtsbegriff**) und bezieht sich dabei auf die Umschreibung im ersten Nebensatz. Demzufolge ist unter einem *Joint Venture im Wettbewerbsrecht ein Unternehmen zu verstehen, das von zwei oder mehreren Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird*²⁸. Die kontrollierenden Unternehmen werden oftmals auch als *Gründer-, Mutter- oder Stammunternehmen, Kooperations- oder Joint Venture-Partner, herrschende Unternehmen* oder auch schlicht als *Gründer, Investoren, Mütter oder Partner* bezeichnet²⁹. Diese gesetzliche Definition führt zu einer tendenziellen Annäherung schweizerischer Auffassungen über Joint Ventures³⁰. Davon zu unterscheiden ist die internationale Perspektive im Wettbewerbsrecht, wo man noch weit entfernt ist von einer prinzipiell anerkannten Definition³¹. Ebenso wenig findet sich eine allgemeingültige Auffassung im Gesellschaftsrecht oder in der Betriebswirtschaft³². Dies vermag nicht zu erstaunen. Ist doch der Joint Venture- resp. Gemeinschaftsunternehmens-Ausdruck in diesen Bereichen (noch) nicht einmal im Gesetz verankert und stellt dort auch keinen Rechtsbegriff dar³³. Schon aus diesem

²⁸ Dieselbe Definition ist sowohl in **Art. 2 Abs. 1 VKU** als auch in **Art. 2 Abs. 2 VKU** enthalten, weshalb sich diese *aus beiden Absätzen ableitet* (einziger Unterschied zwischen dem gesetzlichen Wortlaut und der hier gezeigten Definition besteht darin, dass die eine im sprachlichen aktiv, die andere im sprachlichen passiv formuliert ist); a.M. DUCREY, S. 130 (Zu beachten ist, dass sich dieser Autor bei der Festhaltung einer Joint Venture Definition auf ZURKINDEN, S. 43, stützt, dessen Definition nicht nur dem gezeigten Gesetzeswortlaut entspricht, sondern sogar einer vor ZURKINDEN formulierten Definition von DUCREY selbst entspricht [DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 123]).

²⁹ Vgl. u.a. im Fall *Airrange AG*, RPW 2000/3, S. 447, dann auch bei BORER, Art. 4 N. 39 f.; DJALALI, S. 269; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 127; MUNZ, S. 43; NORDMANN, S. 9; OERTLE, S. 5; SCHLUEP, S. 481; ZURKINDEN, S. 3 und 21 ff.

³⁰ Solche oder ähnliche Definitionen des Joint Ventures im schweizerischen Wettbewerbsrecht (zur Erinnerung: hier als gleichbedeutend mit 'Gemeinschaftsunternehmen' zu verstehen) finden sich bei: BORER, Art. 4 N.40; DROLSHAMMER, S. 90; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 123; SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1386, linke Spalte; WATTER/LEHMANN, S. 862, linke Spalte; ZÄCH, N. 415; ZURKINDEN, S. 3 und 43. Zu bemerken bleibt, dass die **schweizerischen Wettbewerbsbehörden** grundsätzlich (vgl. aber beispielsweise bei FN. 75) darauf verzichten, das Joint Venture (Gemeinschaftsunternehmen) selbst zu definieren. Statt dessen halten sie sich bei Abklärungen direkt an den Ablauf von Art. 2 VKU und untersuchen sogleich, ob ein Unternehmenszusammenschluss vorliegt. Immerhin findet man eine Definition über Gemeinschaftsunternehmen im **Meldeformular für Zusammenschlussvorhaben**, welche mit dem genannten Sinngehalt korrespondiert: abgedruckt in RPW 1998/3, S. 508.

Zu erstaunen vermag, dass trotz der expliziten Definition im Gesetz immer noch von einigen Schweizer Autoren anderes zu vernehmen ist. So ist beispielsweise in der Dissertation von ZURKINDEN aus dem Jahre 1999 zu lesen: „Eine Definition des GU im allgemeinen gibt aber auch die VKU nicht“ (ZURKINDEN, S. 41). Nichts desto trotz schreibt derselbe ein paar Seiten später: „Aus der Formulierung von Artikel 2 VKU ist zu folgern, dass der erwähnte Grundtatbestand die Umschreibung des GU an sich darstellt. Damit ergibt sich für den Begriff des GU im KG bzw. VKU eine ganz simple Definition: Ein GU ist ein *Unternehmen, das von zwei oder mehreren Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird*“ (ZURKINDEN, S. 43). Dabei ist nicht klar auszumachen, ob der Autor die Definition dem Art. 2 VKU zuordnet und sich insofern widerspricht, oder ob er diese als eigenen Definitionsvorschlag (vgl. ZURKINDEN, S. 42, oben im Titel) versteht. Da sich jedoch sein Definitionsverständnis im Ergebnis mit dem vorliegenden deckt, ist diese Unklarheit zu vernachlässigen, soweit daraus keine weiteren Schlüsse gezogen werden.

³¹ ZURKINDEN, S. 3, der auf die OECD-Studie 'Wettbewerbspolitik und Gemeinschaftsunternehmen' von 1986 verweist, die anhand von Untersuchungen in den einzelnen Mitgliedländern feststellt, dass zwar in der Literatur eine Vielzahl von Joint Venture-Umschreibungen bestehen, bisher aber noch keine wirklich befriedigende und allgemeingültige (internationale) Definition gefunden worden sei.

³² Vgl. aber den Kanalisierungs-Effekt des Wettbewerbsrechts auf diese Bereiche: infra KAPITEL 1: B.II.

³³ OERTLE, S. 1; SCHLUEP, S. 481 (dieser sagt aus, dass man „allemaal [...] einen wirtschaftlichen Sachverhalt, nicht einen Rechtsbegriff vor sich“ hat. M.E. ist diese Aussage nicht so zu verstehen, dass dort, wo ein Rechtsbegriff [wie im Wettbewerbsrecht] vorliegt, diesem die wirtschaftliche Eigenschaft abhanden komme. Die beiden Begriffspaare schliessen sich nicht gegenseitig aus); REYMOND, S. 384; TSCHÄNI, S. 89, linke Spalte (Dieser hält es nicht für ratsam, einen Rechtsbegriff zu entwickeln, denn in seinen Augen besteht

Grund sind Verweise der Wettbewerbsrechtslehre auf solche Quellen kritisch zu betrachten.

Somit ist die hier als brauchbar angesehene Joint Venture-Definition nichts weiteres als ein Teil des Tatbestandes von Art. 2 VKU. Sie ist an eine Vielzahl von Adressaten gerichtet und umfasst eine unbestimmte Anzahl von Sachverhalten. Obwohl der Gesetzgeber den Rechtsbegriff 'Gemeinschaftsunternehmen' definiert, werfen die einzelnen Bestandteile dieser **Grobdefinition** noch erhebliche Auslegungsfragen auf³⁴. Wie diese genau zu beantworten sind, hängt im wesentlichen von der *Einordnungsart* des Joint Ventures im Kartellrecht ab (KAPITEL 3 – KAPITEL 7). Denn die Erläuterung der einzelnen Begriffskriterien erfolgt mittels all den Normen, die das Joint Venture erfassen (KAPITEL 5: D).

Zu bemerken ist weiter, dass nicht schon alleine aus der Tatsache, dass das Joint Venture einen Rechtsbegriff in einer Norm der Zusammenschlusskontrolle darstellt, ausgeschlossen wird, dass es auch von weiteren Kartellrechtsnormen erfasst werden könnte. In dieser Hinsicht bleibt die Definition nützlich und brauchbar für die im Zentrum stehende Untersuchung, wie das Joint Venture im Wettbewerbsrecht einzuordnen ist. Mittels einer solchen Definition erfolgt keine Vorwegnahme des Untersuchungsergebnisses.

Präzisierend bleibt anzufügen, dass das Joint Venture, genau betrachtet, noch nicht den **eigentlichen Gegenstand** dieser Abhandlung darstellt. Wie bereits erwähnt, muss eine im Wettbewerbsrecht brauchbare Definition zum Zweck haben, Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Damit das Gesetz Wettbewerbsbeschränkungen verhindern kann, müssen diese zuerst als solche erkannt und (mittels Definitionen) näher bestimmt werden. Die hier gesuchte Definition soll also wettbewerbsbeschränkende Sachverhalte umschreiben. Das Joint Venture im hier

dann allenfalls die Gefahr, dass funktionsgerechte Beurteilung durch Begriffsdiskussionen ersetzt wird [vgl. dazu die hier vertretene Meinung in FN. 59)]; VOGT/WATTER, S. 5; WÜRSCH, S. 169. Zum internationalen Bereich vgl. beispielsweise CLAUSEN, S. 19.

Zum Problem des mangelnden Rechtsbegriffs in manchen Rechtsbereichen (z.B. im Gesellschaftsrecht) und der Möglichkeit, solche Sachverhalte in diesen Bereichen trotzdem *juristisch zu thematisieren*, führt NÄGELI I, S. 40 f., aus, dass „irgendein Tatbestand, wie er sich z.B. im wirtschaftlichen Leben ergibt, schon dann die Bedeutung eines rechtlichen Tatbestandes erlangen [kann], wenn er lediglich seinem ganzen Wesen nach die Möglichkeit und die Wahrscheinlichkeit besitzt, einmal Gegenstand einer rechtlichen Norm zu werden“; mitunter sind solche Tatbestände „[...] Erscheinungen also, die sich gleichsam in einem *rechtlichen Embryonalzustand* befinden“. Zwar macht NÄGELI diese Ausführungen im Zusammenhang mit dem Kartell, sie gelten m.E. entsprechend auch für Joint Ventures in Bereichen, wo diese keinen Rechtsbegriff darstellen wie z.B. im Gesellschaftsrecht. Damit scheint eine juristische Auseinandersetzung in solchen Bereichen als gerechtfertigt und eine Bereicherung des Wettbewerbsrechts mittels solcher Quellen als möglich. Auf die zu waltende Vorsicht macht TEGEN, S. 143, über folgenden Hinweis aufmerksam: „Mit der Bezeichnung Joint Venture ist jedoch keine *exakte* [aber immerhin eine] juristische Qualifizierung [im (internationalen) Gesellschaftsrecht] verbunden“. So ähnlich auch FUNKE G., S. 23.

³⁴ Zur Problematik, wieweit Definitionskriterien selber wiederum definiert werden können, vgl. VONSAVIGNY, S. 29. Vgl. auch TSCHÄNI, S. 89, rechte Spalte: „Würden diese Kriterien in einen Rechtsbegriff verarbeitet, ergäben sich bekannte wirtschaftsrechtliche Auslegungsschwierigkeiten. Was ist ein Unternehmen? Was bedeutet wirtschaftliche Selbständigkeit?“ Da heute in Art. 2VKU ein Rechtsbegriff vorliegt, stellen sich nun genau diese Fragen zumindest im Wettbewerbsrecht. Ähnlich geht auch TEGEN, S. 144, von einer generellen d.h. groben Definition aus und konkretisiert diese erst später.

verstandenen Sinn ist aber als solches noch nicht wettbewerbsbeschränkend³⁵. Denn nicht alleine schon das Bestehen eines mächtigen Unternehmens auf einem Markt ist kartellrechtserheblich. Entscheidend ist vielmehr, wie sich ein solches Unternehmen verhält bzw. wie es seine Position mittels Zusammenschlüsse zu verstärken versucht. Die Joint Venture-Definition umschreibt einen *strukturellen (und statischen) Zustand*, der nur (aber immerhin) die Vorstufe für die Definition des eigentlichen Gegenstandes bildet und darum für unsere Bedürfnisse brauchbar und notwendig bleibt. Das KG kennt Wettbewerbsbeschränkungen entweder in Form von bestimmten *Verhaltensweisen* (aber nur unter gewissen strukturellen Voraussetzungen) oder *Strukturänderungen*³⁶. Damit Sachverhalte vom Gesetz erfasst werden, dürfen sie also einer gewissen **Dynamik** nicht entbehren. Die Joint Venture-Definition ist diesbezüglich zu ergänzen. Art. 2 VKU spricht in diesem Zusammenhang von „erlangen“ (Abs. 1) und von „gründen“ (Abs. 2). Beide Ausdrücke dienen der Erfassung des Joint Ventures beim „**Vorgang**“ seiner Entstehung³⁷. Ein weiteres dynamisches Element findet sich in der Wendung „das sie *bisher* nicht gemeinsam kontrollierten“ des Art. 2 Abs. 1 VKU. Somit definiert sich der eigentliche Gegenstand dieser Abhandlung als **Vorgang, bei dem zwei oder mehrere Unternehmen die gemeinsame³⁸ Kontrolle über ein Unternehmen erwerben, das von diesen bisher nicht gemeinsam kontrolliert wurde.**

Da in der vorliegenden Abhandlung, zu Zwecken der Auslegungshilfe und des **Rechtsvergleichs**, des öfteren auf andere Rechtsordnungen Bezug genommen wird, soll im Folgenden geklärt werden, wie einige der ausländischen Rechtsordnungen den Terminus 'Joint Venture' – verstanden als Synonym zum Gemeinschaftsunternehmen – definieren. Im Vordergrund stehen dabei die *deutsche Rechtsordnung und diejenige der EU*. Deren Nähe zum schweizerischen Recht auf Ebene der kartellarischen Bestimmungen ist unverkennbar³⁹. Stets zu bedenken gilt es, dass selbst bei noch so ähnlichen Begriffsverwendungen zweier Rechtsordnungen eine Konkretisierung der einzelnen Begriffskriterien grundsätzlich nur aus der Perspektive derjenigen Rechtsordnung herzuleiten ist, aus welcher der Begriff entspringt. Denn bei der Auslegung gewisser Begriffe des KG gilt stets der Grundsatz der autonomen Auslegung⁴⁰. Dies gilt um so mehr, wenn eine Rechtsordnung auf eine eigene und lange Auslegungstradition zurückblicken kann. Deshalb kann es sich ergeben, dass zwei Rechtsordnungen zwar eine gleiche oder sehr ähnliche *Grobdefinition* verwenden, die Ausgestaltung der jeweiligen einzelnen Begriffskriterien sich jedoch gegensätzlich präsentiert. Darum ist schon vorweg eines mitzunehmen: Ein

³⁵ So ähnlich auch ZURKINDEN, S. 43 und 75, demzufolge die *Joint Venture*-Definition wettbewerbslich *möglichst* neutral gehalten werden soll. Dieser meint damit aber v.a. den Ausschluss kooperativer und konzentrativer Elemente. Letzteres wird hier nicht vertreten: infra KAPITEL 5: D.I.

³⁶ Infra KAPITEL 5: B.

³⁷ Näheres zur Entstehung vgl. infra KAPITEL 5: D.I.2.

³⁸ Dass sich die Gemeinsamkeitsvoraussetzung nicht auf den Erwerb sondern bloss auf die Kontrollausübung bezieht: vgl. bei FN. 615.

³⁹ Botschaft 1994, S. 61 ff. (insb.: „Deutschland verfügt schon seit den fünfziger Jahren über ein strenges Wettbewerbsrecht, das [...] das EG-Recht beeinflusste“); BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 18: „Die im neuen KG gewählten Konzepte sind [grundsätzlich] an den bewährten Vorgaben des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union orientiert“; DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. Art. 9-11 N. 32.

⁴⁰ DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. Art. 9-11 N. 33.

Rechtsvergleich und daraus allfällig gezogene Schlüsse können solange herangezogen und verwertet werden, wie diesen keine schweizerischen Besonderheiten entgegenstehen.

2. Situation in der EU

Sucht man in den Wettbewerbsregeln des EGV (Primärrecht) nach den Ausdrücken 'Joint Venture' oder 'Gemeinschaftsunternehmen', wird man nicht fündig. Erst das Sekundärrecht nimmt sich dieses Rechtsinstituts an. So findet sich in Art. 3 Abs. 2 FKVO der Terminus 'Gemeinschaftsunternehmen', der aber im Gegensatz zum schweizerischen Recht nicht weiter ausgeführt wird. Vielmehr geht der Gesetzgeber davon aus, dass der Rechtskonsultierende weiss, wie der Ausdruck zu verstehen ist und lässt diesen insofern kurzerhand auf sich selbst gestellt. Dieser Umstand veranlasste wiederum Lehre und Praxis, den **unbestimmten Rechtsbegriff** schon aus Rechtssicherheitsgründen näher zu umschreiben. Dabei stehen die Leitlinien zur Auslegung des Art. 3 FKVO – festgehalten in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens – im Vordergrund, die das Joint Venture wie folgt definieren: „**Gemeinschaftsunternehmen [sind] Unternehmen, die von zwei oder mehreren anderen Unternehmen gemeinsam kontrolliert werden**“⁴¹. Daneben sind in der Rechtslehre zum europäischen Wettbewerbsrecht noch weitere Definitionen zu finden, die aber angesichts der Tatsache, dass sie grundsätzlich auf der Definition der EU-Kommission aufbauen oder dieser wenigstens sehr nahe stehen, hier vernachlässigt werden können⁴². Interessant ist immerhin die Definition von SCHRÖTER, der *schon vor Erlass der FKVO* das Joint Venture im Rahmen des Art. 85 EGV wie folgt definierte: „Das GU ist ein gemeinsames Unternehmen, das mehreren anderen Unternehmen gehört und von diesen gemeinsam kontrolliert, wenn nicht sogar gemeinsam betrieben wird“⁴³. Dies soll insb. zeigen, dass das Joint Venture im europäischen Wettbewerbsrecht bereits vor der FKVO in nicht unbedeutender Weise thematisiert wurde und somit auf eine lange Tradition zurückblicken kann⁴⁴.

Nicht zu übersehen ist die beinahe identische Wortwahl bei der EU-Definition und dem schweizerischen Pendant. Auf die Frage, warum die eine Rechtsordnung die andere beeinflusst und worauf dieser Einfluss zurückzuführen ist, wird später eingegangen⁴⁵. Wie im schweizerischen Wettbewerbsrecht bleibt auch hier zu präzisieren, dass das Gesetz eigentlich den **Vorgang der Entstehung** eines Joint

⁴¹ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 3. Im Schrifttum zum europäischen Wettbewerbsrecht werden ähnliche oder sogar identische Definitionen für das Joint Venture z.B. von folgenden Autoren verwendet: MEIER-SCHATZ, S. 114; ZÄCH, EU, S. 316.

⁴² Einige dieser variierenden Lehrmeinungen sind z.B. bei FUNKE, S. 10 ff.; ZURKINDEN, S. 3, in seiner FN. 7 und 8 festgehalten.

⁴³ SCHRÖTER, S. 69.

⁴⁴ So ist denn eine Definition des Joint Ventures im europäischen Wettbewerbsrecht auch schon im 13. Wettbewerbsbericht 1983, S. 51, der EU-Kommission zu finden. Zugunsten der schweizerischen Rechtslehre bleibt immerhin SCHLUEP, S. 513 ff., zu erwähnen, der sich, zwar nur kurz und am Rande aber immerhin schon damals, *wettbewerbsrechtlich* mit dem Joint Venture auseinandersetzte.

⁴⁵ Vgl. infra KAPITEL 4: A. Zu verweisen ist hier auch auf NORDMANN, S. 8 m.w.H., der (noch kurz vor dem VKU-Erlass) den Begriff des Joint Ventures vollständig auf eine Definition der EU-Kommission abstützt.

Ventures und nicht das Joint Venture als statischen Gegenstand an und für sich erfasst: Dies kommt in Art. 3 Abs. 2 FKVO mit der Wendung „*Gründung* eines Gemeinschaftsunternehmens“ zum Ausdruck⁴⁶.

3. Situation in Deutschland

Im Gegensatz zum EG-Recht definiert das deutsche Kartellrecht, wie auch die schweizerische Rechtsordnung, das Joint Venture gleich selber. Seit der letzten (6.) grossen GWB-Novelle fiel jedoch der Ausdruck 'Gemeinschaftsunternehmen' aus dem Gesetz, was nun nur noch indirekt auf das deutsche Verständnis des Joint Ventures hindeuten lässt. Aber auch wenn heute eine ausdrückliche Bezeichnung fehlt, handelt es sich bei der entsprechenden Bestimmung weiterhin um eine **Legaldefinition** des Joint Ventures⁴⁷. Denn die heutige Umschreibung entspricht wörtlich der früheren Fassung, wobei Letztere darüberhinaus durch den Zusatz „Gemeinschaftsunternehmen“ ergänzt war (§ 23 Abs. 2 Satz 3 GWB'90). Die Definition ist heute in § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB enthalten und beschreibt das *Joint Venture als ein Unternehmen, an dem „mehrere Unternehmen [...] Anteile im vorbezeichneten Umfang“ halten*. Die Worte „Anteile im vorbezeichneten Umfang“ verweisen auf die fixierten Anteilswerte in § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 GWB. Demnach liegt gemäss dieser Bestimmung dann ein *Joint Venture* vor, wenn *mehrere Unternehmen Anteile von 25% oder mehr an einem anderen Unternehmen halten*. So oder ähnlich legen sich auch die meisten Autoren des deutschen Wettbewerbsrechts fest⁴⁸. Über die mehrfache Beteiligung im relevanten Umfang hinaus werden – seit kurzem wohl als unbestritten geltend – keine weiteren Merkmale vorausgesetzt⁴⁹. Auch diese Definition geht primär von der Idee der *Beherrschung* (Anteile von 25% oder mehr) aus, womit Parallelen zum schweizerischen und europarechtlichen Verständnis bestehen⁵⁰. Der deutschen Definition *fehlt* aber im Vergleich zu den beiden anderen ein zentrales *Begriffskriterium*: Nicht explizit erforderlich ist, dass die jeweiligen Anteile *gemeinsam* auszuüben sind.

Auch in der deutschen Rechtsordnung ist zu beachten, dass allein der Umstand des Bestehens einer Legaldefinition für sich genommen noch nicht die Erfassung des Joint Ventures durch eine andere Bestimmung ausschliesst. Damit wird nicht nur auf die Möglichkeit hingewiesen, dass das Joint Venture auch *ausserhalb* der Zusammenschlusskontrolle eine Bedeutung haben kann (Einordnungsproblematik), sondern ebenso darauf, dass *innerhalb* der Zusammenschlusskontrolle selber weitere

⁴⁶ Vgl. zum Ganzen schon beim schweizerischen Wettbewerbsrecht: supra KAPITEL 1: B.I.1 in fine.

⁴⁷ BAUS, S. 6; BECHTOLD, § 37 N. 25; BUNTE, § 1 N. 262. Zum alten Recht vgl. z.B. EBEL, S. 755 f. Demgegenüber fehlt eine entsprechende Bezeichnung weder im schweizerischen (Überschrift zu Art. 2 VKU) noch im europäischen (Art. 3 Abs. 2 FKVO) Recht.

⁴⁸ BAUS, S. 6; BUNTE, § 1 N. 262; ZIMMER, § 1 N. 401 (mit Verweis auf die Voraufgabe [Verfasser war IMMENGA]); LANGEFELD-WIRTH, S. 29. Zu weiteren Versuchen der deutschen Lehre, das Joint Venture zu definieren, vgl. die Hinweise bei ZURKINDEN, S. 3 (in seiner FN. 8).

⁴⁹ RUPPELT, § 23 N. 51. Insb. gilt nach inzwischen allgemeiner Auffassung eine Koordinierungsabsicht (sog. *subjektives Tatbestandsmerkmal*) nicht mehr als im Begriff des Gemeinschaftsunternehmens enthalten: MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 71 f.; PASCHKE, § 23 N. 66. So früher beispielsweise von LANGEFELD-WIRTH, S. 29 m.w.H., vertreten.

⁵⁰ So ausdrücklich LANGEFELD-WIRTH, S. 29.

Bestimmungen joint-venture-ähnliche Sachverhalte erfassen können. Eben dieser Umstand trifft auf das deutsche Kartellrecht zu: Selbstverständlich werden dabei nicht genau dieselben Sachverhalte erfasst, wie schon mit der gezeigten Legaldefinition, da andernfalls solche weiteren Bestimmungen überflüssig würden. Die Legaldefinition ist in den Bereich der Anteilswerte im GWB integriert. Daneben sieht die deutsche Zusammenschlusskontrolle weiter vor, dass mehrere Unternehmen die Beherrschung über ein anderes Unternehmen mittels des Vermögens oder der Kontrolle erlangen können (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 f. GWB). Darum muss das deutsche Verständnis eines Joint Ventures insoweit auch diese Tatbestände mit umfassen und lautet demzufolge wie folgt: ***Ein Joint Venture ist ein Unternehmen, an dem mehrere andere Unternehmen Anteile von 25% oder mehr, die Kontrolle oder das Vermögen ganz bzw. zu einem wesentlichen Teil halten.***

Unter Beachtung all dieser Besonderheiten ist ein Vergleich der schweizerischen mit der deutschen Rechtsordnung zwar einiges umständlicher als derjenige mit der EG-Rechtsordnung. Doch scheinen die Parallelen unter den drei Definitionen einen Rechtsvergleich mit gebotener Vorsicht zu ermöglichen. Immerhin fand schliesslich mit der letzten deutschen GWB-Novelle auch eine mehr oder weniger erfolgreiche Annäherung an das EG-Recht statt⁵¹. Wie bereits im schweizerischen und im EG-Wettbewerbsrecht bleibt abermals zu präzisieren, dass auch das deutsche Gesetz eigentlich den (dynamischen) **Vorgang der Entstehung** eines Joint Ventures und nicht direkt das Joint Venture selber erfasst: Dies kommt in § 37 Abs. 1 GWB mit dem Wort „*Erwerb*“ zum Ausdruck.

II. Ausblick: Joint Venture-Verständnis im institutionellen Wirtschaftsrecht und in der Betriebswirtschaft

Vor dem Inkrafttreten der Ausführungsverordnung zum KG war das Joint Venture in keiner schweizerischen Rechtsordnung ausdrücklich verankert. Die *schweizerische Lehre* zum Wettbewerbsrechts hat sich folglich, ganz im Gegensatz zur europäischen oder deutschen Wettbewerbsrechtslehre, bis dahin nur wenig mit diesem Institut auseinandergesetzt⁵². In der Schweiz war und ist das Joint Venture in *anderen, verwandten Wissenschaftsquellen* vom Schrifttum behandelt worden, so insb. in der *Gesellschaftsrechts- (als Bestand des institutionellen Wirtschaftsrechts)*⁵³ oder in der

⁵¹ Vgl. beispielsweise BECHTOLD, Einf. N. 14 ff.; RICHTER, § 37 N. 75.

⁵² So verweist im Wettbewerbsrecht beispielsweise HOMBURGER, Art. 2 N. 13 ff (in seiner FN. 15: „Der Begriff 'Gemeinschaftsunternehmen' wird hier verwendet zur Bezeichnung von Unternehmen, die – anstelle ihrer Mitglieder – 'sämtliche Funktionen eines Vollunternehmens ausüben'“), der sich nur am Rande mit dem Gemeinschaftsunternehmen befasst, bei der Umschreibung seines Verständnisses dieses Instituts auf einen Autor des *deutschen* Rechts. Vgl. zum europäischen Wettbewerbsrecht: supra KAPITEL 1: B.I.2; vgl. zum deutschen Wettbewerbsrecht: supra KAPITEL 1: B.I.3.

⁵³ SCHLUEP, Funktionalität, S. 169. Dieser teilt das Wirtschaftsrecht vorweg in Wirtschaftsverfassungs- (Grundordnung für die gesamte Wirtschaftsgesetzgebung) und Wirtschaftsfolgerecht ein. Letzteres unterteilt Derselbe weiter einerseits in *institutionelles Wirtschafts(folge)recht* (welches sich praktisch mit dem ganzen Privatrecht deckt) und andererseits in *gestaltendes Wirtschafts(folge)recht* (welches vorwiegend wirtschaftsverwaltungsrechtliche Bestimmungen und zwingende Privatsnormen umfasst). Während das gestaltende Wirtschaftsrecht die Wirtschaftsverfassung ergänzt, steuert und korrigiert (typischer Aufgabenbereich des Kartellrechts: vgl. beispielsweise bei FN. 181 und 186), ist es Aufgabe des institutionellen Wirtschaftsrechts, die Wirtschaftsverfassung zu ermöglichen (mittels *Privatautonomie*), zu

Betriebswirtschaftslehre. Im folgenden sollen nur diejenigen Definitionen von Interesse sein, die eine genügende *Ähnlichkeit mit dem hier verstandenen Joint Venture-Begriff* aufweisen. Auf solche etwas abweichenden Umschreibungen kann, dank ihrer wissenschaftlichen Nähe⁵⁴, auch heute noch oftmals bei der kartellrechtlichen Konkretisierung der einzelnen Kriterien zurückgegriffen werden, weshalb es hier nicht versäumt werden soll, diese der Vollständigkeit halber aufzuführen.

So umschreibt NÄGELI im Rahmen seines Werkes zur Doppelgesellschaft unter dem Ausdruck 'Gemeinschaftsunternehmungen' einen Sachverhalt, welcher der hier verstandenen Joint Venture-Definition ziemlich nahe kommt. Darunter versteht er u.a. die sog. 'Teilfusion' als *Gebilde*, welches dann *entsteht*, „wenn zwei oder mehrere Unternehmen, anstatt sich vollständig miteinander zu verschmelzen, nur teilweise sich vereinigen, indem sie gewisse *Betriebsabteilungen* in eine gemeinschaftlich gegründete, *neue Gesellschaft* einbringen und als Gegenwert *deren Anteile übernehmen*, während die übrigen Betriebsteile in der Hand der einzelnen beteiligten Unternehmen bleiben“⁵⁵. Unter der Bezeichnung 'Zweckgemeinschaften', die NÄGELI klar vom Ausdruck 'Gemeinschaftsunternehmungen' unterschieden haben will, hält er fest, dass diese Gemeinschaften „*nur bestimmte Elemente* der wirtschaftlichen Tätigkeit der einzelnen Mitglieder (wie z.B. Einkauf und Verkauf) zusammenfassen und gemeinsam durchführen, oder einzelne Rechte gemeinsam ausüben, oder bestimmte Vermögensteile (wie Patente) gemeinschaftlich nutzen, während im übrigen die Mitglieder wirtschaftlich selbständig bleiben“⁵⁶. Auch in dieser Umschreibung finden sich Parallelen zur hier verwendeten Joint Venture-Definition⁵⁷.

Nach SCHLUEP umfasst der Begriff des Joint Ventures alle „*Gebilde*, die sich durch die wirtschaftliche Eigenart auszeichnen, dass zwei oder mehrere selbständige Unternehmensträger sich in ihnen gesellschaftsrechtlich, aber in materieller Verknüpfung mit ihrer angestammten Unternehmerfunktion zusammenfinden.

erleichtern (nebst durch das Gesellschaftsrecht insb. auch durch das allgemeine Schuldrecht) und zu sichern (z.B. durch das UWG oder das zivilrechtliche KG). Zum Ganzen: SCHLUEP, Funktionalität, S. 167 ff. et passim.

⁵⁴ Einerseits gehören Wettbewerbs- und Gesellschaftsrecht zum Wirtschaftsrecht (vgl. die Ausführungen soeben in FN. 53) und andererseits sind Wirtschaftsrecht, Betriebswirtschaft und Gesellschaftsrecht alle auch *Wirtschaftswissenschaften*. Als Beispiel der Nähe ist zu erwähnen, dass die Betriebswirtschaft aufschlussreiche Informationen bei der Auslegung des Begriffskriteriums 'Unternehmen' (der Joint Venture-Definition) liefert.

⁵⁵ Vgl. zum ganzen Abschnitt NÄGELI I, S. 244 ff. Wie richtig zu erkennen ist, umschreibt NÄGELI eigentlich die *Entstehungsmöglichkeiten* unter dem Titel der 'Gemeinschaftsunternehmungen' (und nicht bloss das 'Gemeinschaftsunternehmungen' an und für sich), was hier aber bewusst mit aufgeführt wird, da bei ihm nur über die Umschreibung der Entstehung die Art und Weise der Beziehung, zwischen dem Mutterunternehmen und dem gemeinsamen Unternehmen, zu erraten ist. Denn NÄGELI verzichtet darauf, explizit von einer 'gemeinsamen Kontrolle' zu sprechen. Trotzdem scheint es aus dem Umstand, dass die Mütter bei der *Entstehung* gewisse Betriebsabteilungen in eine gemeinschaftlich gegründete Gesellschaft einbringen und dafür Anteile erhalten, klar zu sein, dass die Mütter die neue Gesellschaft gemeinsam kontrollieren wollen.

⁵⁶ NÄGELI I, S. 103, in Bezugnahme auf FRIEDLÄNDER, S. 262 f.

⁵⁷ Vgl. insb. auch die Parallelen zu infra KAPITEL 5: D.IV.

Im Vergleich zur von NÄGELI soeben definierten Bezeichnung 'Gemeinschaftsunternehmungen' (vgl. FN. 55) fällt auf, dass NÄGELI *hier nicht die Entstehung* von 'Zweckgemeinschaften', sondern unmittelbar die Gemeinschaften selber umschreibt, weshalb direkte Vergleiche zur Joint Venture-Definition gezogen werden können.

Entscheidend ist mithin: Gemeinschaftsunternehmen sind Gesellschaften oder Korporationen (in der Regel mit voller oder partieller Rechtsfähigkeit); die Gesellschafter oder Mitglieder wirken ausserhalb der Gemeinschaftsveranstaltung als Träger von Unternehmungen; das gemeinsam getragene Gebilde wird irgendwie mit der Führung der Stammunternehmungen verknüpft⁵⁸. Die weitere Feststellung SCHLUEPS, wonach es sich beim Joint Venture um einen wirtschaftlichen Sachverhalt und nicht um einen Rechtsbegriff handelt, ist aus heutiger Sicht insofern zu relativieren, als dies für das Wettbewerbsrecht nicht mehr zutrifft.

Auch TSCHÄNI füllt den Inhalt eines Joint Ventures, obwohl er aus damaliger Sicht die Gefahr äussert, dass durch das Kreieren eines Begriffs funktionsgerechte Beurteilung durch Begriffsdiskussionen ersetzt werde, und er deshalb bloss den wirtschaftlichen Sachverhalt *umschreiben* wolle⁵⁹. Er versteht unter einem Joint Venture ein *Unternehmen, dessen Träger eine Gesellschaft* ist, wobei die Gesellschafter Unternehmen sein müssen, die im Verhältnis zueinander wirtschaftlich und rechtlich selbständig bleiben. Weiter wird das Joint Venture von den Gesellschaftern gemeinschaftlich geleitet, ist von den Mutterunternehmen abhängig und nimmt Funktionen wahr, die in einer materiellen Verbindung mit der Tätigkeit oder den Interessen der Mutterunternehmen stehen⁶⁰. Mit einigen geringen Nuancen entspricht die Definition bei OERTLE derjenigen von TSCHÄNI beinahe wörtlich⁶¹.

MUNZ stösst in seiner Untersuchung im schweizerischen Kartellprivatrecht auf das Joint Venture. Dieses versteht er als „ein von zwei oder mehr Partnern gegründetes *Tochterunternehmen mit juristischer Persönlichkeit* [...], welches den generellen Zweck hat, den beherrschenden Unternehmen in ihrer Zusammenarbeit zu dienen“⁶².

Selbstverständlich ist auch eine Joint Venture-Definition im umfangreichen Werk von BOEMLE zur Unternehmungsfinanzierung zu finden. In dieser betriebswirtschaftlichen Auseinandersetzung versteht der Autor unter Joint Ventures kurz die „von zwei oder mehreren Unternehmungen gemeinsam getragene[n]

⁵⁸ SCHLUEP, S. 481, zum ganzen Abschnitt; gl.M. WÜRSCH, S. 169.

⁵⁹ TSCHÄNI, S. 89, linke Spalte. Hierzu ist zu bemerken, dass jede Definition auch eine Umschreibung darstellt. Zum Problem der Gefahr einer Begriffsdiskussion ist zu sagen, dass eine solche auch bei seiner 'Umschreibung' nicht ausgeschlossen werden kann (wenn sich eine solche denn wirklich von einer Definition unterscheiden sollte). Vgl. dazu FN. 61.

⁶⁰ TSCHÄNI, S. 89 (insb. auch FN. 9 und 10, wo er klarstellt, dass die Unternehmen der Gesellschafter auch Unternehmen ohne gesellschaftsrechtlicher Struktur sein können und dass die Mutterunternehmen miteinander nicht im Wettbewerb zu stehen brauchen).

⁶¹ OERTLE, S. 4: Wesentlich unterscheidet sich seine Definition zu derjenigen von TSCHÄNI nur durch die ausdrückliche Erwähnung, dass die Trägergesellschaft nicht notwendigerweise eine juristische Person zu sein braucht. Weiter ist zu beachten, dass OERTLE (auf S. 1, FN. 2) mit TSCHÄNI übereinstimmt, was die Gefahr der Begriffsdiskussion angeht (vgl. FN. 59) und darum wohl anzunehmen ist, dass auch er nur eine sog. 'Umschreibung' und keine Definition wiedergibt. Nichtsdestotrotz behauptet OERTLE (auf S. 4, FN. 14), dass es streng rechtlich betrachtet nicht korrekt sei, die Teilhaber des Joint Ventures einfach als 'Unternehmen' zu bezeichnen, und kritisiert damit indirekt die 'Umschreibung' des Joint Ventures bei TSCHÄNI. Damit startet OERTLE aber gerade eine Begriffsdiskussion, insb. da TSCHÄNI bloss der Einfachheit halber nur von (Mutter-) 'Unternehmen' spricht und keinen Anlass gibt, dass er diesen Ausdruck tatsächlich anders verstehen würde (vgl. z.B. TSCHÄNI, S. 89, FN. 9).

⁶² MUNZ, S. 43.

körperschaftliche[n] *Gebilde*, die in irgendeiner Form mit der Führung der Stammunternehmungen verbunden sind“⁶³.

Solange das Joint Venture weder im Gesetz noch in der Praxis⁶⁴ näher umschrieben war, klafften die Meinungen darüber, was ein Joint Venture bzw. Gemeinschaftsunternehmen ist, teils weit auseinander. Von einem sog. '*kleinsten gemeinsamen Nenner*' war man damals, entgegen der Auffassung mancher Autoren, *weit entfernt*⁶⁵. Immerhin kann zugestanden werden, dass gewisse Ansätze des heutigen schweizerischen Rechtsbegriffs in den soeben aufgeführten Lehrmeinungen z.T. schon zu finden sind, und zwar bereits vor den ersten Definitionsansätzen der europäischen Wettbewerbsbehörden⁶⁶. Deshalb kann sich die heutige Joint Venture-Definition in Art. 2 VKU zumindest teilweise auch auf eine **schweizerische Tradition** zurück besinnen und basiert nicht bloss auf dem Rechtsverständnis der EU-Behörden. Erst mit der Einführung eines Rechtsbegriffs wurden die unterschiedlichen schweizerischen Begriffsauffassungen wenigstens **teilweise kanalisiert**. Der seither herrschende Einfluss des Wettbewerbsrechts auf andere Rechtsgebiete in der neuen Literatur ist nicht zu übersehen. Beispielsweise gehen einige Autoren des Gesellschaftsrechts von der Definition in der VKU aus und präzisiert diese anschliessend für ihre gesellschaftsrechtlichen Bedürfnisse⁶⁷. So arbeitet auch OERTLE in seiner Dissertation zum Gesellschaftsrecht mit Verweisen auf den schon damals bestehenden (aber unbestimmten) Rechtsbegriff im (europäischen) *Wettbewerbsrecht*⁶⁸.

Trotz dieses **Kanalisierungseffektes** durch die Einführung eines Joint Venture-Begriffs im Wettbewerbsrecht und trotz der Nähe der Betriebswirtschaft, des Wettbewerbs- und des Gesellschaftsrechts⁶⁹, ist weiterhin ein **vorsichtiger** Umgang mit Definitionen aus anderen Rechtsgebieten und sonstigen Quellen zu statuieren. Denn jede Definition wird grundsätzlich für einen bestimmten Zweck gebildet, dem

⁶³ BOEMLE, S. 506.

⁶⁴ Zwar findet man in einigen Veröffentlichungen der schweizerischen Wettbewerbsbehörden vor der letzten KG-Revision die Bezeichnungen 'Joint Venture' (RPW 1989/1b, S. 25; RPW 1993/1a, S. 29) und 'Gemeinschaftsunternehmen' (RPW 1993/3, S. 12 und 119 f.). Es wurde jedoch stets unterlassen, diese mit einem klaren *Inhalt* zu versehen. Vgl. die Aussagen des wissenschaftlichen Adjunkts und des Direktors vom Sekretariat der schweizerischen Kartellkommission aus dem Jahre 1996 bei ZURKINDEN, S. 34, FN. 175 f., wonach in der Begriffsverwendung keine spezifische Absicht bestand und in der bisherigen Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden der Begriff des Joint Ventures überhaupt noch nie Gegenstand irgendwelcher ernsthafter Überlegungen war.

Vgl. zur unterschiedlichen Verwendung der *Termini* der Behörden FN. 17.

⁶⁵ So aber WEDER, S. 35; ZURKINDEN, S. 26, der dann jedoch nach einer genaueren Analyse zum eigentlichen Verständnis über den sog. kleinsten gemeinsamen Nenner (nämlich das Merkmal der gemeinsamen Beherrschung) seine Meinung 'präzisiert' und doch noch zum Schluss kommt, dass es eigentlich keinen kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden gibt (ZURKINDEN, S. 31 f.). Dazu ist zu beachten, dass das Merkmal der gemeinsamen Beherrschung z.B. schon bei MUNZ, S. 43, nicht vorkommt, weshalb die Feststellung eines kleinsten gemeinsamen Nenners, streng gesehen, bereits aus diesem Grunde dahin fällt. Verwirrend und falsch ist denn die Äusserung bei ZURKINDEN, S. 42, wo er die gemeinsame Beherrschung abermals als 'quasi' kleinsten Nenner bezeichnet und nur noch ihre Bewertung durch die verschiedenen Autoren als unterschiedlich erklärt.

⁶⁶ So z.B. bei SCHLUEP, S. 481; TSCHÄNI, S. 89.

⁶⁷ Vgl. z.B. DJALALI, S. 11 f. und 14.

⁶⁸ OERTLE, S. 2.

⁶⁹ Vgl. FN. 54.

sie idealerweise dient und darum *vor allem* im jeweiligen Verwendungsbereich als nützlich erscheint⁷⁰. Auch sind die Tatsachen nicht zu unterschätzen, dass das Wettbewerbsrecht (im Gegensatz zu anderen wissenschaftlichen Quellen) vordergründig den *Vorgang der Entstehung* des Joint Ventures zum Gegenstand hat – dem Joint Venture als Gebilde somit bloss indirekt Bedeutung zukommt –, und dass dieses Rechtsgebiet funktional⁷¹ auszulegen ist. Dank diesen Zusammenhängen und der Erkenntnis, dass Definitionen grundsätzlich nie falsch sein können (höchstens für vorliegende Zwecke unbrauchbar), ist folgendes mitzunehmen: *Die Früchte des Gesellschaftsrechts und der Betriebswirtschaft sind im Wettbewerbsrecht mit Vorsicht (aber immerhin) zu geniessen*⁷². Dies gilt übrigens auch umgekehrt: So ist immer erhöhte Aufmerksamkeit gefordert, wenn sich in einer Abhandlung zum Gesellschaftsrecht resp. der Betriebswirtschaft eine Definition an die wettbewerbsrechtliche annähert⁷³.

III. Andere typische Verwendungen des Ausdrucks 'Joint Venture'

Im Folgenden werden einige Joint Venture-Definitionen aufgezeigt, welche sich stark von der angeführten Definition unterscheiden. Es werden die in der Literatur häufig verwendeten Alternativdefinitionen wiedergegeben, um allfällige Verwechslungen zu vermeiden und ein besseres Verständnis zu fördern. Die Gemeinsamkeit und gleichzeitige Besonderheit all dieser Definitionen besteht darin, dass sie die Bezeichnung 'Joint Venture' für sich in Anspruch nehmen. Soweit es sich für hier verwendete Zwecke als nützlich erweist, werden auch gebietsübergreifende Auffassungen des Joint Ventures berücksichtigt.

Manche Schweizer Autoren verwenden für den Joint Venture-Ausdruck einen umfassenderen Sinngehalt als den hier gebrauchten. Es wird oftmals einfach die Perspektive gewechselt und das Joint Venture *aus Sicht der Mütter definiert*. Dabei umfassen solche Ausweitungen nicht selten auch bereits dynamische Elemente, welche in dieser Abhandlung aber erst dem *wettbewerbsrechtlich relevanten Gegenstand* inhärent sind⁷⁴. Von einem ähnlich *weiten Verständnis* scheinen teils auch die

⁷⁰ Vgl. zum ganzen Abschnitt die Ausführungen in FN. 20. So ähnlich übrigens äussert sich auch LANGEFELD-WIRTH, S. 29 ff. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die aufschlussreiche Darstellung betreffend des grundsätzlichen Unterschieds zwischen Ökonomen und Juristen bei ZÄCH, EU, S. 295 f. m.w.H.: Beide Fachkreise arbeiten primär in unterschiedlichen Zeithorizonten. Während Ökonomen v.a. möglichst realitätsnahe *Zukunftsmodelle* (basierend auf bereits bekanntem) konzeptualisieren und damit ihre zeitliche Perspektive nach vorne gerichtet ist, liegt es im Aufgabenbereich des Richters, hier und heute (gesetzlich verankerte) Werte der schweizerischen Gesellschaft (wie z.B. den wirksamen Wettbewerb) zu erhalten und gegenläufige Symptome zu bekämpfen.

⁷¹ Dazu ausführlicher bei FN. 187.

⁷² Vgl. z.B. auch die Bemerkung im Kommentar zum E-VKU, S. 2 (ganz unten): „Anlehnungen an andere Rechtsbereiche sind nicht ohne weiteres möglich“. Aufschlussreich in diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen in FN. 33, letzter Abschnitt, zur grundsätzlichen Möglichkeit der Bereicherung des Wettbewerbsrechts mittels Quellen, wo das Joint Venture nicht rechtlich verankert ist.

⁷³ FN. 67.

⁷⁴ Zum wettbewerbsrechtlich relevanten Gegenstand: supra KAPITEL 1: B.I.1. Vgl. zur Veranschaulichung: DJALALI, S. 14 und 268: Sie befasst sich bei ihrer Forschungsarbeit mit internationalen, insb. schweizerisch-iranischen Joint Ventures. Dazu legt sie sich folgende Definition für das schweizerische Rechtsverständnis mit drei Begriffsmerkmalen zurecht: 1. muss ein (Gemeinschafts-) Unternehmen (Rechtsgemeinschaft oder Körperschaft) vorliegen; 2. müssen mindestens zwei am Gemeinschaftsunternehmen beteiligte Partner, die

schweizerischen Wettbewerbshüter auszugehen, wie der Fall *PubliGroupe - Swisscom* zeigt⁷⁵. Solche Definitionen unterscheiden sich von der hier gebrauchten Umschreibung insb. dadurch, dass sie nicht direkt das gemeinsame Unternehmen, vielmehr das Verhältnis unter den Partnern als *Ganzes* bezeichnen, also den gesamten wirtschaftlichen Sachverhalt samt Joint Venture-Vertrag, dem gemeinsamen Unternehmen und den vertraglichen Beziehungen zu Letzterem umreißen. Da auch die in dieser Abhandlung verwendete Definition auf eine Aufführung des charakteristischen Umfeldes des Gemeinschaftsunternehmens nicht verzichten kann, sind die beiden Definitionsansätze vorwiegend in der Art der festgelegten grammatikalischen Aktiv- resp. Passivstruktur (und somit im Wechsel des grammatikalischen Objekts mit dem Subjekt) verschieden. Aus diesem Grund können teils auch solche weiten Joint Venture-Verständnisse (aus der richtigen Perspektive und mit der entsprechenden Vorsicht) noch als Auslegungshilfe beigezogen werden.

Auch wird vertreten, dass im *allgemeinen Sprachgebrauch* unter 'Joint Venture' nur das US-amerikanische Contractual Joint Venture verstanden werde, was aber nicht ganz nachvollziehbar erscheint, insb. wenn man sich in einigen angesehenen Standardwerken der deutschen Sprache umsieht⁷⁶. Eher wird das Joint Venture in der Umgangssprache als jede Form der Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen begriffen, also nebst dem Contractual- und Equity-Verständnis auch den Erwerb schlichter Einflussnahme über ein Unternehmen (ohne *gemeinsame* Kontrolle) umfassend⁷⁷.

voneinander rechtlich und wirtschaftlich unabhängig sind, vorhanden sein; (und) 3. müssen die Partner gemeinsame Kontrolle und gemeinsame finanzielle Risikotragung vereinbart haben. MERKLI, S. 166, linke und mittlere Spalte m.w.H.: Die *Betriebswirtschaft* versteht unter einem Joint Venture „eine Form wirtschaftlicher *Zusammenarbeit* zweier oder mehrerer voneinander unabhängiger Unternehmen, die sich in der Einrichtung eines zusätzlichen Unternehmens manifestiert“. WEDER, S. 33 f. (m.w.H. in FN. 2) und S. 36: „ein Joint Venture liegt vor, wenn mindestens zwei wirtschaftlich und rechtlich voneinander unabhängige Partner (Unternehmungen, Regierungen) gemeinsam die führungsmässige Verantwortung und das *finanzielle Risiko* aus einem Vorhaben übernehmen“. Ähnlich weite Definitionen finden sich beispielsweise bei REYMOND, S. 185; VONBÜREN, S. 25; ZIHLMANN, S. 317, linke Spalte; ZURKINDEN, S. 8 m.w.H. Zu ausländischen Auffassungen vgl. statt vieler FUNKE, S. 7 ff. m.w.H.

⁷⁵ Fall *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 10. Vgl. hierzu die schon gemachten Überlegungen und weiteren Nachweise in FN. 17.

⁷⁶ So aber zu finden bei WÜRSCH, S. 169. Diese Meinung wird hier nicht geteilt, da sich in angesehenen Wörterbüchern der deutschen Sprache keine derartigen Hinweise finden lassen. Beispielsweise wird in der *Brockhaus Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden*, 19. Aufl., 11. Band, Mannheim 1990, unter dem Stichwort 'Joint Venture' einerseits mit dem Zusatz '*i.w.S.*' eine grenzüberschreitende vorübergehende Kooperation und andererseits mit dem Zusatz '*i.e.S.*' ein internationales Gemeinschaftsunternehmen verstanden. Der Joint Venture-Ausdruck erfasst hier durchaus nicht lediglich das Contractual, vielmehr auch das Equity Joint Venture. Gegen die Auffassung WÜRSCHS spricht zudem sein (fälschlicherweise angebrachter) Verweis auf REYMOND, S. 385, welcher ein Contractual-Verständnis der „*langage des affaires*“ und nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch unterstellt. Gegen ein so enges Verständnis im allgemeinen Sprachgebrauch spricht übrigens auch die Tatsache, dass es ebenso Autoren gibt, die WÜRSCHS Auffassung *diametral* entgegen behaupten, dass das Corporate Joint Venture allgemeingebräuchliches Sprachverständnis für 'Joint Venture' sei (so beispielsweise FUNKE, S. 9). Solch enge und widersprüchliche Behauptungen lösen sich – da jeweils unbegründet – gegenseitig auf.

⁷⁷ So ähnlich auch REYMOND, S. 384. Als Beispiel eines umfangreichen Verständnisses im allgemeinen Sprachgebrauch kann auf den Zeitungsartikel über die *UMTS-Kooperation von Alcatel und Fujitsu*, in: NZZ vom 3. Mai 2000 (102), S. 27, verwiesen werden, wo ein Unternehmen, an dem Alcatel (alleine, also auch ohne Vetos Dritter) die Mehrheit kontrolliert, als Joint Venture bezeichnet wird. Vgl. auch das Beispiel in FN. 76.

Teilweise wird 'Joint Venture' auch gleichbedeutend nur mit der vertraglichen Beziehung unter den Partnern, dem sog. *Joint Venture-Vertrag* (auch *Basisgesellschaft*, *Basisvertrag*, *Grundlagenvertrag*, *Grundvereinbarung*, *Kooperationsvertrag*, *Konsortialvertrag*, *Partnerschaftsvertrag*, *Zusammenarbeitsvertrag*, *Accord de base*, *Basic Agreement*, *Joint Venture Agreement* oder *Partnership Agreement* genannt), verstanden⁷⁸.

Gewiss gäbe es noch eine Vielzahl zusätzlicher Bedeutungen, wie beispielsweise die vielen unterschiedlichen Auffassungen in anderen Staaten⁷⁹, auf deren umfangreiche Darstellung hier aber aus Platzgründen verzichtet werden muss. Bei einem so vielfältig verwendeten Ausdruck vermag es nicht zu erstaunen, dass dieser u.a. auch im Wettbewerbsrecht als „*chameleon of the antitrust world*“⁸⁰, „*a hybrid legal form whose very definition is unclear [...] to be found in the darkest corner of antitrust law*“⁸¹, oder sogar als „*an expansive notion without definite meaning or antitrust consequence*“⁸² bezeichnet wird, und manche Autoren, durch die Vielfalt gereizt, sich zu folgenden Aussagen hinreissen lassen: „In Wirklichkeit heisst Joint-Venture alles und auch nichts. [...] die Vielzahl der [Joint Venture-] Bedeutungen [führt] zu einer Art *Babel* der Sprachen“⁸³. Nicht zuletzt um solchen Äusserungen zuvorzukommen, ist es im Verwendungsfall des Joint Venture-Ausdrucks der Klarheit halber unerlässlich, dessen Gehalt vorweg so präzise wie möglich festzuhalten und diesen dann entsprechend auch nur in seinem jeweiligen Entstehungskontext zu verstehen bzw. zu gebrauchen.

⁷⁸ DJALALI, S. 268 f.

⁷⁹ Einige Hinweise sind bei DEFERRA, S. 334 ff., und WEDER, S. 36 zu finden.

⁸⁰ SCHLIEDER, S. 327.

⁸¹ BRODLEY, S. 1521 ff. (zitiert bei FUNKE, S. 8).

⁸² AREEDA/TURNER, S. 360 (zitiert bei FUNKE, S. 8 m.w.H. und Zitaten).

⁸³ DEFERRA, S. 334 f.

C. Wirtschaftliche Auswirkungen einer Joint Venture-Entstehung

In diesem Teil wird aufgezeigt, warum sich *Unternehmen* überhaupt für die Entstehung eines Joint Ventures entschliessen und welche positiven und negativen Auswirkungen daraus für diese selbst (**einzelwirtschaftliche Aspekte**), aber auch für ihr Umfeld, insb. für den *Wettbewerb* (**gesamtwirtschaftliche Aspekte**), entstehen können. Die Darstellungen dienen in erster Linie einer *besseren Erfassung der wettbewerbsrechtlich relevanten Joint Venture-Entstehung*. Sie sollen eine fundierte Basis schaffen, die eine vertiefte kartellrechtliche Auseinandersetzung mit dem entsprechenden Vorgang erlaubt, die für eine korrekte Einordnung erforderlich ist.

I. Vorteile aus Sicht der Mutterunternehmen

So vielseitig das Joint Venture in Erscheinung treten mag, so zahlreich sind auch die *Motive*, welche Mutterunternehmen dazu bewegen, sich für die Teilnahme an einem Joint Venture zu entscheiden. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass so gut wie jeder marktwirtschaftlich bedingten Unternehmensstrategie über kurz oder lang der Gedanke der *relativen Gewinn- bzw. Rentabilitätsmaximierung* zugrunde liegt⁸⁴. Die Motive von Strategien, die ein Joint Venture umfassen, können zudem darauf reduziert werden, dass die Partner im allgemeinen davon überzeugt sind, ihre Ziele liessen sich *gemeinsam effizienter* erreichen als alleine⁸⁵. Etwas genauer betrachtet können folgende Vorteile festgestellt werden:

Meistens dienen Joint Venture-Entstehungen einer sachlichen oder auch räumlichen Expansion. Durch **sachliche Expansionen** wird oftmals bezweckt, mittels geschicktem quantitativem Zusammenwirken von bestimmten Wertschöpfungsfunktionen der Mütter, **Synergieeffekte** gezielt zu nutzen. Solche können auf sämtlichen Funktionsebenen, also von der Forschung und Entwicklung über die Beschaffung, die Produktion bis hin zum Marketing (insb. Vertrieb und Werbung), auftreten – wie insb. im Entscheid *Ericsson/Sony* deutlich zum Vorschein kommt⁸⁶ – und bezwecken jeweils weitere Vorteile: So können beispielsweise Forschungs- und Entwicklungsprozesse beschleunigt, Doppelspurigkeiten vermieden und überhaupt der Zugang zu Technologien erst ermöglicht werden, wenn in einem Joint Venture Innovationen und Know-how vereint werden⁸⁷. Die Vereinheitlichung

⁸⁴ ALTIN-SIEBER, S. 155 m.w.H., zum Verhältnis verschiedener Vorteile resp. Ziele zueinander. Grundsätzlich können die einzelnen Ziele als Zweck oder als Mittel für einen weiteren Zweck betrachtet werden. Als betriebswirtschaftliches 'Oberziel' kann die Rentabilitätsmaximierung betrachtet werden. Diese Feststellung basiert auf einem bestimmten, rationalen Entscheidungsverhalten, welches im Modell eingengt wird auf eine bestimmte Zweckrationalität, nämlich den *Homo oeconomicus*, der ausschliesslich nach wirtschaftlichen Kriterien agiert (wie Kosten, Nutzen). Vgl. *Brockhaus Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden*, 19. Aufl., 18. Band, Mannheim 1992, unter dem Stichwort 'Rationalprinzip'. Vgl. auch schon NÄGELI I, S. 104.

⁸⁵ MERKLI, S. 166, rechte Spalte. Ähnlich auch FUNKE, S. 27; OERTLE, S. 10.

⁸⁶ *Ericsson/Sony*, RPW 2001/4, S. 717 ff., N. 4.

⁸⁷ *Meril*, RPW 1997/3, S. 350 ff., N. 33. Vgl. auch ALTIN-SIEBER, S. 155 ff.; BOEMLE, S. 506; FUNKE, S. 17 ff.; HORTEN/GRAFKAGENECK, S. 5; KARALIS, S. 241 f.; KLING/ADKINS, S. 2 f.; LANGEFELD-WIRTH, S. 35 ff.; MERKLI, S. 166, rechte Spalte; OERTLE, S. 10 f.; SUTER DEPLAZES, S. 14. Generell zu

von Standards und Normungen bringt den Mutterunternehmen Kompatibilitätsvorteile. Weitere Effizienzsteigerungen sind durch die Schaffung gemeinsamer Beschaffungs- und Vertriebs-Joint Ventures zu erzielen; nicht zuletzt deshalb, da Rohstoffe en Gros billiger eingekauft werden und Distribution koordinierter ablaufen. Auch können dank gemeinsam genutzter Infrastrukturen und der Reduktion von Mitarbeitern zusätzliche Einsparungen erzielt werden. Hinter diesen teils sehr einseitigen Vorteilen für die Mutterunternehmen steckt in den meisten Fällen die Absicht, durch quantitative Steigerung der jeweiligen Funktion, die relativen Produktionskosten zu senken (Kostendegression), Abläufe also durch Zusammenlegung im Joint Venture zu rationalisieren, d.h. die technische, betriebswirtschaftliche oder organisatorische Wirtschaftlichkeit zu heben; bei der Produktionsfunktion werden diese Grössenvorteile auch als sog. '*economies of scale*' bezeichnet⁸⁸.

Als Beispiel kann der Entscheid *Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH* genannt werden, wo die Siemens AG mit der Aufnahme der Deutschen Shell im Siemens Solar Joint Venture eine Steigerung des Absatzvolumens für Solarmodule und eine Reduktion der Produktionskosten anstrebte⁸⁹.

Während *solche* Synergieeffekte mittels der Entstehung *horizontaler* Joint Ventures bewirkt werden, birgt eine Teilnahme an vertikalen Joint Ventures vorwiegend andere Vorteile. Gemeinschaftsunternehmen auf einem vor- oder nachgelagerten Markt eines Mutterunternehmens bezwecken in den meisten Fällen die Sicherung von Bezugs- und Absatzwegen, integrieren also einzelne oder mehrere Partner in den verschiedenen Marktebenen (*vertikale Integration*)⁹⁰. Die Entstehung konglomeraler Joint Ventures dient wiederum schwergewichtig der *Diversifikation* der Produktpalette, um Betriebsrisiken zu streuen und in bislang fremde Märkte vorzudringen, u.U. auch um Komplementärprodukte anzubieten⁹¹. Darunter fallen

Unternehmenszusammenschlüssen vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 84; NORDMANN, S. 11 ff. Zum Vorteil im Einkauf vgl. z.B. den Zeitungsartikel: *Daimler und Caterpillar in Nutzfahrzeug-Allianz*, in: NZZ vom 23. November 2000 (274), S. 27.

Vgl. speziell zum Synergieeffekt z.B. auch den Fall *Merial*, RPW 1997/3, S. 350 ff., N. 32 f. Dass es sich dabei auch um Synergien zwischen einer Mutter und dem Joint Venture handeln kann zeigt der Fall *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 49.

⁸⁸ Näheres bei ALTIN-SIEBER, S. 157 f. (Diese weist u.a. darauf hin, dass solche Rationalisierungsvorteile auch mittels Spezialisierungs-Joint Ventures erreicht werden können.); FUNKE, S. 17 f., 22 f. und 27; GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KARALIS, S. 241 f.; NORDMANN, S. 11 f. Vgl. ergänzend auch die weitreichenden Ausführungen in: *Brockhaus Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden*, 19. Aufl., 18. Band, Mannheim 1992, unter dem Stichwort 'Rationalisierung'.

⁸⁹ *Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH*, RPW 2001/2, S. 332 ff., N. 6.

⁹⁰ ALTIN-SIEBER, S. 161; LANGEFELD-WIRTH, S. 37 und 44; OERTLE, S. 10 f. Generell zu Unternehmenszusammenschlüssen vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 85.

⁹¹ ALTIN-SIEBER, S. 168; LOHSE, S. 7; OERTLE, S. 13; TSCHÄNI, M&A, S. 39. Merkwürdig ist nur, dass in der Literatur die Diversifikation nur selten als Vorteil eines Joint Ventures deklariert wird. Dieser Umstand gibt zur Frage Anlass, inwiefern es sich rechtfertigt, diesen Vorteil auch dem Joint Venture zuzusprechen: M.E. ist nicht einzusehen, warum praktisch alle Autoren bei der Artenvielfalt des Joint Ventures auch das konglomerale erwähnen (und oft noch nebenbei die gezeigten Vorteile aufzeigen, wie dies beispielsweise die soeben aufgeführten Autoren tun), diesem dann aber nicht die typisch konglomerale Charakterzüge zukommen sollten, wie sie generell im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen erwähnt werden (vgl. z.B. Botschaft 1994, S. 83; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 86; NORDMANN, S. 5 f.). Denn auch gemeinsam kontrollierte Einheiten können den Gesamterfolg eines Mutterunternehmens beeinflussen, weshalb also auch Joint Ventures grundsätzlich geeignet sind, Risiken zu streuen und als

übrigens auch solche Forschungs- und Entwicklungs-Joint Ventures, bei denen völlig neue Märkte entstehen, oder zumindest für wenigstens eines der Mutterunternehmen bisher fremde Märkte zugänglich gemacht werden sollen⁹². Andererseits kann die Joint Venture-Bildung einem Mischkonzern insb. zur *Dezentralisierung* einzelner Produkte dienen⁹³.

Bei gleichzeitiger **räumlicher Expansion** liegt nebst den genannten Vorteilen vorwiegend die *Ausweitung des Absatz- bzw. Bezugsmarktes* im Vordergrund. Diese wiederum stellt das Hauptmotiv für die *Internationalisierung* von Unternehmen dar (Direktinvestition), um in den immer grösser werdenden Märkten auch auf *globaler Ebene wettbewerbsfähig* zu bleiben⁹⁴. Als Beispiel kann erneut der Entscheid *Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH* herangezogen werden, wo der Beitritt der Deutschen Shell zu einem bestehenden Joint Venture dadurch motiviert war, eine verstärkte Marktpräsenz in den USA zu erwerben und den Eintritt in den japanischen Markt zu ermöglichen⁹⁵. Gegenüber der Gründung einer 100%-igen Tochtergesellschaft hat die Bildung eines internationalen Joint Ventures den Vorteil, dass allfällig vorhandene tarifäre oder nicht-tarifäre (z.B. technische Normen, administrative Wartelisten beim Zoll) Handelshemmnisse mit Hilfe lokaler Partner dank deren Beteiligung und Insiderwissen (wie z.B. über den Markt und das Marketing, durch Beziehungen zur Business Community oder durch die Erfahrung im Umgang mit lokalen Behörden und Regierungen) umschifft werden können⁹⁶. Im Besonderen sind nationale Investitionsregeln zu erwähnen, die in vielen Entwicklungsländern die Aufnahme nationaler Partner erzwingen (Investitionsbedingungen)⁹⁷. Möglich ist auch, dass bloss die Erlangung einer bestimmten nationalen Zertifizierung der eigenen Produkte bezweckt wird, dann nämlich, wenn Konsumenten eines fremden Marktes tatsächlich nur einer solchen Zertifizierung genügend Vertrauen entgegen bringen (lokale Kundenpräferenz)⁹⁸ und dadurch eine faktische Beschränkung gegenüber ausländischen Produkten verursacht wird. Als weitere, direkt mit der Schaffung eines internationalen Joint Ventures zusammenhängende Vorteile sind zu nennen: Die schnelle Integration in die jeweiligen lokalen, politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Marktverhältnisse durch den ausländischen Partner, die Einschränkung von Wechselkursrisiken, die Senkung von Transportkosten, die Nutzung günstiger Standorte (z.B. vorteilhaftes Lohngefälle, Steuervorteile oder staatliche Förderung) oder die Schaffung stärkerer

Diversifikationsmittel eingesetzt zu werden (auch wenn dabei selbstverständlich nicht [wenigstens nicht im klassischen Sinne] von einem *Mischkonzern* die Rede sein kann.

⁹² Nicht aber solche, die auf bereits bestehenden Märkten forschen, um bewährte Produkte der Partner zu verbessern (So aber nicht differenzierend: ALTIN-SIEBER, S. 168).

⁹³ FUNKE, S. 23; OERTLE, S. 11. Dabei handelt es sich um einen Spezialfall eines konglomeralen Joint Ventures, wo die Diversifikation eine Modalität erfährt.

⁹⁴ DJALALI, S. 36 m.w.H.; KLING/ADKINS, S. 3; LANGEFELD-WIRTH, S. 37; SUTER DEPLAZES, S. 14. Generell zu Unternehmenszusammenschlüssen: NORDMANN, S. 15.

⁹⁵ *Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH*, RPW 2001/2, S. 332 ff., N. 6. Vgl. des Weiteren: *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt, und Bayerische Landesbank Girozentrale, München*, RPW 2001/2, S. 335 ff.

⁹⁶ ALTIN-SIEBER, S. 162; CLAUSEN, S. 24 f.; LANGEFELD-WIRTH, S. 37 und 40 ff.

⁹⁷ ALTIN-SIEBER, S. 163 ff. (mit kurzer Darstellung des geschichtlichen Hintergrunds); CLAUSEN, S. 24 f.; LANGEFELD-WIRTH, S. 37 und 40; MERKLI, S. 166, rechte Spalte.

⁹⁸ Botschaft 1994, S. 117.

Verbundenheit zum Markt als z.B. durch einen Franchise- oder Lizenzvertrag zu erreichen wäre⁹⁹.

Die Expansion und die damit zusammenhängenden, soeben gezeigten Vorteile sind zwar wichtige, bei weitem aber nicht die einzigen Motive für die Teilnahme an einem Joint Venture. Ein weiteres, wichtiges Motiv findet sich im Vorteil der **Risiko- und Kostenteilung**. Damit bezwecken Grossunternehmen v.a., sich vor ruinösen Fehlplanungen bei neuen Grossprojekten zu schützen (*Project Financing*) und sich die Funktionalität heikler Technologien durch eine Beteiligung des meist kleineren Technologielieferanten garantieren zu lassen (*technische Garantiefunktion*); während kleinere Unternehmen mit wertvollen (insb. technischen) Errungenschaften vorweg die *Beschaffung finanzieller Mittel* verfolgen, um ihre Innovationen überhaupt erst verwirklichen zu können¹⁰⁰. Ein weiterer finanzieller Vorteil ist zusätzlich darin zu erblicken, dass Banken und andere Gläubiger prinzipiell grosszügiger eingestellt sind, wenn mehrere Unternehmen das Haftungssubstrat bilden¹⁰¹. Nicht selten dient die Joint Venture-Bildung in forschungsaufwendigen Bereichen wie z.B. der Chip- und Medikamentenindustrie dazu, das *Drohpotential einer Kostenexplosion zu reduzieren*¹⁰². Weiter ist hier die bereits im Rahmen der sachlichen Expansion erwähnte *Diversifikation* erneut aufzuführen, welche stets auch der Risikostreuung dient. Eine weitere spezielle Art der Risikominderung findet sich in der Verwendung des Joint Ventures als *Vorstufe für einen weiteren Zusammenschluss (Fusion oder einfacher Kontrollerwerb)*, wobei die Joint Venture-Entstehung den Vorteil einer vorsichtigen Annäherung an das potentiell zu übernehmende Unternehmen bietet¹⁰³. Mögliche kaschierte Risiken einer Disharmonie der beiden Unternehmenskulturen oder Gefahren, die vom übernehmenden Gut ausgehen, können durch einen solchen Test- bzw. Probelauf nicht vollständig auf das übernahmewillige Unternehmen durchschlagen, sondern werden vorzeitig durch das Scheitern der Zusammenarbeit bereits im Joint Venture aufgedeckt. Die Risiken eines Scheiterns des Weiteren Zusammenschlusses werden so transparenter und kalkulierbarer. Zudem wiegt ein so verwendetes und zeitlich nicht beschränktes Joint Venture die Nachteile eines meist nur kurzfristig angelegten 'due diligence'-Verfahrens auf¹⁰⁴.

⁹⁹ ALTIN-SIEBER, S. 161 f.; CLAUSEN, S. 25; LANGEFELD-WIRTH, S. 23, 37f., 43 und 46; OERTLE, S. 12.; TSCHÄNI, M&A, S. 39.

¹⁰⁰ ALTIN-SIEBER, S. 160 f.; CLAUSEN, S. 25; KARALIS, S. 242; LANGEFELD-WIRTH, S. 45 f.; LOHSE, S. 7; LÜDER, S. 106.

¹⁰¹ So ähnlich auch NORDMANN, S. 17 f. (generell für Unternehmenszusammenschlüsse); OERTLE, S. 11.

¹⁰² LANGEFELD-WIRTH, S. 36 f. Vgl. z.B. im Fall *Merial*, RPW 1997/3, S. 350 ff., N. 32.

¹⁰³ Ebenfalls erwähnt bei ALTIN-SIEBER, S. 166; FUNKE, S. 26; in Ansätzen auch bei KARALIS, S. 9 ff. („transitional joint venture“); LANGEFELD-WIRTH, S. 43 f.

¹⁰⁴ Vgl. zum 'due diligence'-Verfahren als Beurteilungs- und Prüfungsmittel einer Akquisition: KARALIS, S. 15 ff.; VONBÜREN, S. 294 f.; WEBER, S. 25, Spalte 1. Derselbe schreibt in seinem Zeitungsartikel über die Gründe, warum Übernahmen so zahlreich scheitern und zeigt ein nach seiner Ansicht besseres Vorgehen auf, unterlässt es aber, das Joint Venture als eine Alternative zur Problemlösung zu nennen. Der Autor erwähnt unter den Nachteilen eines 'due diligence'-Verfahrens, dass u.a. die meist zu kurzen Fristen zur Ausarbeitung eines 'due diligence'-Berichts und eine oft anzutreffende Besetzung durch unerfahrene Sachbearbeiter dazu führen, dass unter dem künstlichen Zeitdruck mehr Wert auf einige Details als auf eine Gesamtdarstellung gelegt wird.

Dass das Joint Venture in der Praxis nicht selten die Vorstufe eines weiteren Zusammenschlusses bildet, zeigen Fälle wie jene zwischen den Unternehmen *Tele Danmark und DiAx-Holding (DiAx)* bzw. *British Telecom/UBS/SBB (Sunrise)*, *Chevron und Texaco*, *Gurti-Heberlein und Dow Chemical*, *DaimlerChrisler und ABB*, *Volkswagen und Ford* oder *Thyssen und Krupp*, aber auch Fälle wie die zahlreichen Restrukturierungen des französischen Unternehmens *Bull* seit den frühen dreissiger Jahren¹⁰⁵. Weitere teils opportunistische – für das übernahmewillige Unternehmen aber dennoch positive – Auswirkungen (der Verwendung des Joint Ventures als Vorläufer für einen weiteren Zusammenschluss) sind nach aussen, die Imagepflege des übernahmewilligen Unternehmens, und nach innen, der Erhalt der Arbeitsmoral der Arbeitnehmer. Denn durch die Joint Venture-Gründung entsteht ein zusätzliches Unternehmen, womit primär nicht eine Image schädigende Reduktion der Arbeitsplätze in Verbindung gebracht wird. Zudem führt die Schaffung eines Joint Ventures zu einer Art Symbiose, wodurch sich das zukünftig zu übernehmende Unternehmen während des Zwischenstadiums nicht überrollt resp. zweitrangig fühlt (was sich positiv auf die Arbeitsmoral niederschlägt) und mit der fremden Unternehmenskultur langsam anfreunden kann¹⁰⁶. Im Falle eines Scheiterns können, im Gegensatz zur Fusion, Fehler und Misserfolge *auch den anderen Partnern* des Joint Ventures angelastet werden, was sich wiederum vorteilhaft auf das Image aller einzelner Partner auswirkt¹⁰⁷.

Selbstverständlich kann der Entscheid zur Teilnahme an einem Joint Venture auch durch den Gedanken der **Verbesserung eigener Konkurrenzfähigkeit** getragen sein¹⁰⁸. Dahinter wiederum steckt oftmals die Absicht, sich entweder zu konsolidieren, da ohne einen Zusammenschluss der *Fortbestand* mindestens eines der Mutterunternehmen im jeweiligen Markt nicht gesichert erscheint, oder dann bloss die

¹⁰⁵ Vgl. zum ersten Fall den Zeitungsartikel: *Besiegelte Fusion von Sunrise und DiAx, Tele Danmark übernimmt die Mehrheit*, in: NZZ vom 14. November 2000 (266), S. 25 (alleiniger Kontrolliererwerb); *DiAx Mobile AG*, RPW 1998/1, S. 86 ff. (Joint Venture); *DiAx – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff. (Joint Venture). Vgl. zum zweiten Fall den Zeitungsartikel: *Weitere Grossfusion im Erdölsektor, Übernahme von Texaco durch Chevron*, in: NZZ vom 17. Oktober 2000 (242), S. 21, wo bereits seit 65 Jahren ein Raffinerie- und Marketing Joint Venture besteht. Dies zeigt, dass es sich durchaus nicht immer um bloss kurzlebige Joint Ventures als Zwischenstadium handeln muss, auch wenn in casu nicht davon auszugehen ist, dass der Entscheid, später zu fusionieren, der tatsächliche Anlass war, das Joint Venture zu gründen. Immerhin bot dieses aber den *Vorteil*, dass sich die Mutterunternehmen näher kamen und ihre Kulturen besser kennenlernten, weshalb denn nun auch eine Fusion zwischen gerade diesen beiden Mutterunternehmen anfällt (vgl. auch FN. 111). Eine 'due diligence review' zur Beurteilung der Akquisition hat hier nur noch ergänzenden Charakter. Vgl. zum dritten Fall den Zeitungsartikel: *Gurti-Heberlein verkauft das Hauptgeschäft, Dow Chemical übernimmt das langjährige Joint Venture ganz*, in: NZZ vom 14./15. Oktober 2000 (240), S. 21. Vgl. zum vierten Fall: *DaimlerChrisler/Adtranz*, IV/M.1446, 15. März 1999. Vgl. zum fünften Fall: *Volkswagen/Ford/AutoEuropa*, IV/M.1375, 2. Februar 1999. Vgl. zum sechsten Fall: *Fried. Krupp AG Hoesch Krupp – Thyssen AG*, RPW 1998/3, S. 415 ff. (Fusion) und *Thyssen Stahl AG/Krupp Hoesch Stahl AG*, RPW 1997/3, S. 344 ff. (Joint Venture). Vgl. zum siebten Fall: KARALIS, S. 9 f., in seiner FN. 1.

¹⁰⁶ Gerade das oftmalige Fehlen einer symbioseartigen resp. erhaltenden Ausgestaltung der Fusion wird als einer der Gründe für das Scheitern zahlreicher Fusionen verantwortlich gemacht. So beispielsweise bei WEBER, S. 25, Spalte 2, zu finden.

¹⁰⁷ MERKLI, S. 166, rechte Spalte.

¹⁰⁸ BOEMLE, S. 506; LANGEFELD-WIRTH, S. 44; OERTLE, S. 11.

Absicht, sich das eigene Leben im Markt auf Kosten anderer Wettbewerber so angenehm wie möglich zu gestalten¹⁰⁹.

Die hier eingebrachte Gruppierung der einzelnen Vorteile aus Sicht der Mutterunternehmen soll aber nicht darüber hinweg täuschen, dass die schier unzähligen Motive zur Teilnahme an einem Joint Venture kreuz und quer durch die einzelnen Gruppen – bestimmbar je nach der tatsächlichen Ausgestaltung des Joint Ventures und den konkreten Umständen des Einzelfalles – geprägt sein können. Selbstverständlich ist es möglich und oft auch die Regel, dass die jeweiligen Mütter (die an einem Joint Venture teilnehmen) von je unterschiedlicher Motivation angetrieben werden¹¹⁰. Zudem kann sich die Motivation zur Weiterführung eines Joint Ventures im Verlaufe der Zeit ändern¹¹¹. Aus all dem wird auch klar, dass eine solche Darstellung niemals abschliessend sein kann, sondern lediglich einer rudimentären Sensibilisierung dient.

II. Vorteile aus Sicht des Wettbewerbs

Eine Joint Venture-Entstehung kann sich durchaus auch vorteilhaft auf den Wettbewerb auswirken. Generell werden folgende Aspekte im Rahmen einer kartellrechtlichen Abwägung als positiv gewertet: Für den Wettbewerb förderlich sind Vorgänge, bei denen die Aktivitäten der Mütter gerade *auf neue Produktmärkte ausgedehnt* werden, also insb. die Bildung von konglomeralen Joint Ventures, da damit ein zusätzlicher Konkurrent auf den Markt tritt, ohne dass die Mutterunternehmen sich von diesem zurückziehen könnten und somit die Gesamtzahl der Konkurrenten ansteigt, bzw. ein neuer Markt entsteht¹¹². Weiter werden *Synergieeffekte, Rationalisierungen, Risikoteilungen, Innovationen* und *technologische Transfers* grundsätzlich als wettbewerbsrechtlich positiv gewertet, da sich solche Vorteile durch eine Joint Venture-Entstehung nicht zuletzt günstig auf die betriebs- und volkswirtschaftliche Effizienz und den Preis auswirken¹¹³. Zudem kann die Joint Venture-Entstehung zu einer *Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit* insb. von kleineren und mittleren Unternehmen führen, um einen allfälligen Wettbewerbsvorsprung eines starken Konkurrenten wettzumachen (*Marktmachterrosion*) oder um auf internationalen und meist dynamischen Märkten, die eine gewisse Unternehmensgrösse erfordern, bestehen zu können – wie dies

¹⁰⁹ Vgl. zum Grund der Konsolidierung, der gerade in der Erdölindustrie oft angeführt wird zur Rechtfertigung von Zusammenschlüssen, z.B. die Fusion zwischen Chevron und Texaco, in: NZZ vom 16. Oktober 2000 (241), S. 17, und NZZ vom 17. Oktober 2000 (242), S. 21. Siehe schon bei FN. 94. Vgl. dann auch die Theorie der failing company defence, behandelt infra unter KAPITEL 1: C.IV.

¹¹⁰ So ähnlich zu finden auch bei ALTIN-SIEBER, S. 156 f., die von der Zusammensetzung sog. 'Motivpakete' spricht.

¹¹¹ So kann davon ausgegangen werden, dass bei der Fusion zwischen Chevron und Texaco (FN. 105) das von diesen seit 65 Jahren gehaltene Joint Venture in einer späten Phase seines Bestehens auch dazu verwendet wurde, das jeweils andere Unternehmen besser kennen zu lernen und u.a. darauf gestützt evaluiert wurde, ob eine Fusion mit diesem Partner überhaupt in Frage kommt. Mit dieser Zweckverfolgung wurde das Joint Venture damals sicherlich nicht gegründet.

¹¹² Botschaft 1994, S. 118; GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KLING/ADKINS, S. 3; LÜCKING, S. 41 f.

¹¹³ Vgl. auch den Wertungsgedanken hinter Art. 5 Abs. 2 lit. a, Art. 6 und Art. 10 Abs. 2 lit. b KG. Botschaft 1994, S. 53; BORER, S. 876, rechte Spalte; KLING/ADKINS, S. 2 f.; LÜCKING, S. 42, linke Spalte. Veranschaulichendes Beispiel: *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 132.

beispielsweise im Entscheid *Merital* (internationale Chemieindustrie im Zusammenhang mit Tieren) der Fall war¹¹⁴. Unter gegebenen Umständen kann so auch Wettbewerb aufrechterhalten werden. Darüberhinaus beeinflusst eine Joint Venture-Entstehung den Wettbewerb oftmals in geringerer Weise als die übrigen Zusammenschlussformen und gilt daher als eine mildere resp. verhältnismässigere Alternative¹¹⁵.

III. Nachteile aus Sicht der Mutterunternehmen

Nebst der Möglichkeit, dass die Teilnahme an einem Joint Venture u.U. kartellrechtlich erfasst werden kann und dadurch den Mutterunternehmen Unannehmlichkeiten und Komplikationen entstehen, sind die wesentlichen Nachteile darin zu erblicken, dass für ein erfolgreiches Joint Venture die jeweiligen Ziele der Mutterunternehmen eine *minimale Gleichrichtung* erfordern und die verschiedenen Unternehmenskulturen eine gewisse Affinität nicht missen dürfen¹¹⁶. Letzteres umfasst auch die verschiedenen Mentalitäten in den Managementetagen und Unternehmensführungen. Besonders bei Partnern aus Entwicklungsländern und Industrieländern kann es zu eklatant gegensätzlichen Grundansichten kommen, womit die Basis für zukünftige Konflikte zwischen den Partnern gelegt wird und die Gefahr droht, das gemeinsame Unternehmen Matt zu legen¹¹⁷. Gestützt auf solche negativen Erfahrungen, sind (nicht zuletzt auf übersetzten Erwartungen beruhende) Aussagen zu vernehmen wie: „Joint ventures are dangerous.“ „They should be viewed only as transitional organizations.“ „Your so-called partner will take your technology and

¹¹⁴ GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; LÜCKING, S. 42, linke Spalte; LÜDER, S. 106; OERTLE, S. 11. Vgl. den Wertungsgedanken hinter Art. 10 Abs. 4 KG, Botschaft 1994, S. 53 und 119, und *Merital*, RPW 1997/3, S. 350 ff, N. 33: Dadurch wird indirekt auch die Entstehung von *internationalen Joint Ventures* gesetzlich *gefördert* (näheres unter infra KAPITEL 2: D.II). Vgl. ergänzend auch infra KAPITEL 5: D.II.

¹¹⁵ LOHSE, S. 52 f.

¹¹⁶ Zum Ganzen HORTEN/GRAFKAGENECK, S. 5. Unter der *minimalen Gleichrichtung von Unternehmenszielen* ist beispielsweise zu verstehen, dass sich die Partner mehr oder minder über die Dauer und Gewinnverwendung des Joint Ventures einig sein müssen (also langfristig zu reinvestieren oder rasch Gewinn auszuschütten). Vgl. dazu auch DJALALI, S. 7 f.; KARALIS, S. 12: „A classic example is use of a joint venture to enter a market with a motive of early independence unbeknown to the local partner“. Derselbe führt dort in seiner FN. 8 weiter an: „Some accuse Japanese companies of entering joint ventures to acquire American technology and distribution networks which they then use to compete against their former American partners. [...] Studies by M.A. Lyles suggest that companies with joint venture experience enter joint ventures under the assumption that all the parties to the venture have mixed motives and hidden agendas. This assumption encourages advance planning for a broad range of potential future conflicts“. Nachteile sind konkret darin zu erblicken, dass die Entstehung eines Joint Ventures zu einem Vertrauensmissbrauch eines Partners führen kann (indem z.B. vertragswidrig Know-how durch einen anderen Joint Venture-Partner angeeignet wird, um ein Produkt selber herzustellen), bzw. einen erheblichen Mehraufwand an Verhandlungen und Planungen erfordert, um zukünftige, durch Missbrauch geprägte Eventualitäten zu berücksichtigen. Dadurch kann wiederum die Beziehung unter den Partnern getrübt werden. Auch ist in manchen (Entwicklungs-) Ländern bei vertragswidrigem Verhalten lokaler Partner nicht immer mit juristischer Unterstützung zu rechnen. Vgl. zum Ganzen auch den Zeitungsartikel: *Abflauende Lust an Joint Ventures in China, Neuinvestoren zunehmend im Alleingang*, in: NZZ vom 7. November 2000 (260), S. 25.

¹¹⁷ DJALALI, S. 8; KASSMAN, S. 14 f. *Abflauende Lust an Joint Ventures in China, Neuinvestoren zunehmend im Alleingang*, in: NZZ vom 7. November 2000 (260), S. 25, linke Spalte: „Nicht harmonisches Zusammenleben, sondern *Frustration und Zwist* sind bei chinesisch-ausländischen Joint Ventures die Regel“. Auch zeigt der Zeitungsartikel (rechte Spalte), dass die Auflösung eines Joint Ventures besonders in Entwicklungsländern mit erheblichen Kosten verbunden sein kann (**sunk costs**).

know-how and you will never see a profit.' 'Don't expect to ever get your money out of the country.' 'The whole thing fell apart and we spent years sorting out the mess.'¹¹⁸

IV. Nachteile aus Sicht des Wettbewerbs

Der Wettbewerb erfährt durch eine Joint Venture-Entstehung¹¹⁹ auch gewisse Nachteile. Am deutlichsten zeigen sich solche, wenn Mütter vor der Entstehung im Operationsbereich des Joint Ventures selber aktiv waren resp. ohne Joint Venture in jenem Bereich tätig geworden wären, da dadurch tatsächlicher bzw. potentieller Wettbewerb abgebaut wird und u.U. eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird¹²⁰. Dritte, nicht involvierte Unternehmen können durch eine allfällige Stärke der Mutterunternehmen bzw. des Joint Ventures vom Markteintritt ausgeschlossen oder an Geschäften mit dem Joint Venture gehindert werden¹²¹. Marktzutrittsschranken können im übrigen auch verursacht werden, indem durch die Entstehung eines Joint Ventures auf einem Markt hohe Investitionen – z.B. durch die Einführung eines kostenaufwendigen Standards – erforderlich werden, welche bei einem späteren Marktaustritt nicht mehr realisiert werden können (sunk costs)¹²². Nach Ansicht einiger Autoren seien wegen der *Gelegenheit* zu heimlichen Absprachen, welche ein Joint Venture bietet, die Mutterunternehmen untereinander in verwandten Bereichen oft weniger gewillt, als sog. arm's-length Wettbewerber, d.h. auf rein geschäftlicher Basis wie mit beliebigen Drittunternehmen, aufzutreten¹²³. Absprachen solcher Art, die auch unter der Bezeichnung 'Gruppeneffekt' oder 'spill-over effects' bekannt sind, werden oftmals mit der Joint Venture-Entstehung in Zusammenhang gebracht und als deren direkte negative Wirkung auf den Wettbewerb verstanden, was aber noch genauer zu untersuchen sein wird¹²⁴. Auch kann es sich ergeben, dass das Joint Venture selber keine eigentlichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erzeugt, die daran beteiligten Mütter jedoch an einer weiterreichenden restriktiven Vereinbarung beteiligt sind, die beispielsweise der Festsetzung von Preisen, der

¹¹⁸ So zusammengestellt bei KARALIS, S. 4 m.w.H.

¹¹⁹ Dazu supra KAPITEL 1: B.I.1 in fine: Das Joint Venture als statischer Zustand ist für sich allein noch nicht wettbewerbsbeschränkend.

¹²⁰ FUNKE, S. 30; GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KARALIS, S. 242; LÜCKING, S. 41, rechte Spalte; OERTLE, S. 11. Als Bestandteil eines Netzwerkes von Joint Ventures können Wettbewerbsbeschränkungen weitreichend verstärkt werden: ZURKINDEN, S. 223.

Hier ist auch der Hinweis anzubringen, dass jegliche Arten von Unternehmenskonzentrationen dazu führen können, durch entstandene wirtschaftliche und private Macht die Beteiligten zu befähigen, auf *politische* Entscheide (Gesetzgebung und Rechtsanwendung) in zunehmendem Masse Einfluss zu nehmen und somit Interessen der eigenen Lobby durchzusetzen (vgl. z.B. die starke Prägung des VVG [Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1] durch die Versicherungslobby). Dies kann bei Kartellrechtsänderungen dazu führen, dass wettbewerbspolitische Interessen in den Hintergrund treten. Vgl. hierzu auch NORDMANN, S. 23; SCHLUEP, S. 224 f.

¹²¹ FUNKE, S. 30; GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KARALIS, S. 242.

¹²² ZÄCH, N. 6 („Der Neueintritt auf einen Markt wird [...] auch von den Marktaustrittsschranken [sunk costs] beeinflusst“) und N. 95 m.w.H.

¹²³ BORER, S. 876, rechte Spalte; GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KARALIS, S. 242.

¹²⁴ Zum Ganzen infra KAPITEL 6: B.I.2. Vgl. auch LÜDER, S. 79 ff.; TSCHÄNI, S. 94, linke Spalte, und den Hinweis in seiner FN. 31.

Quantitätsbeschränkung oder der Marktaufteilung dient¹²⁵. Das Joint Venture nimmt hier die Stellung eines Instrumentes zur Verwirklichung der Vereinbarung ein. Weiter werden die Mutterunternehmen nicht selten versucht sein, zugunsten ihrer eigenen Markttätigkeiten und zur Sicherung ihres Kundenstamms das Konkurrenzpotential des Joint Ventures zu drosseln¹²⁶.

Der Klarheit halber ist in diesem Zusammenhang auch die spezielle Konstellation der *'failing company defence'* zu erwähnen. Aus dieser wird nämlich ersichtlich, dass die *Joint Venture-Entstehung für den kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsnachteil von kausaler Bedeutung* sein muss¹²⁷. Die Weko bedient sich dieser Theorie im Zusammenhang mit der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Dieser Theorie zufolge wird der *Kausalzusammenhang durchbrochen*, wenn, wie z.B. dem Entscheid *Le Temps* zu entnehmen ist: a) wenigstens eines der Mutterunternehmen ohne die Joint Venture-Entstehung in Kürze vom Markt verschwinden würde, b) die anderen Mütter in einem solchen Fall deren Marktanteile ohnehin übernehmen würden und schliesslich c) kein weniger wettbewerbsschädliches Mittel offen steht als die Joint Venture-Entstehung (Verhältnismässigkeitsprinzip)¹²⁸. Die Joint Venture-Entstehung stellt dabei keine *conditio sine qua non* (die Weko spricht in diesem Zusammenhang von der „véritable cause“)¹²⁹ für eine möglicherweise entstandene marktbeherrschende Stellung dar, da Letztere auch ohne die Joint Venture-Entstehung (in gleichem Umfang) zustande gekommen wäre. Somit kann die Ursache weggedacht werden, ohne dass der Erfolg entfallen würde, weshalb bei der Theorie der *failing company defence* bereits der *natürliche Kausalzusammenhang durchbrochen* wird¹³⁰. Es genügt also nicht, dass eine bestimmte Joint Venture-Entstehung eine marktbeherrschende Stellung verursacht, vielmehr muss eine mängelfreie Kausalität tatsächlich bestehen. Auch wenn diese Theorie vorwiegend im Zusammenhang mit der Entstehung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erwähnt wird, muss diese *mutatis mutandis* auch für alle anderen Bereiche gelten, wo Wettbewerb zu Schaden kommt. Denn kein Vorgang kann die Ursache für eine Wettbewerbsbeschränkung sein, falls sich die Beschränkung auch ohne den Vorgang verwirklicht hätte.

Wie zu sehen ist, können Joint Venture-Entstehungen auf verschiedenste Arten dem Wettbewerb schaden zufügen. Bei einer kartellrechtlichen Beurteilung sind solche Nachteile gegenüber den Wettbewerbsvorteilen im **konkreten Einzelfall**

¹²⁵ GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte; KLING/ADKINS, S. 3. Näheres zum sog. *Kartellorgan*: infra KAPITEL 5: D.I.4.b. Vgl. auch den Wertungsgedanken, der hinter Art. 5 Abs. 3 lit. a - c KG liegt.

¹²⁶ GRIFFIN/CALABRESE, S. 320, linke Spalte.

¹²⁷ Analoge Gedanken finden sich infra in KAPITEL 6: B.I.2.a.

¹²⁸ *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff. N. 69 ff. m.w.H.; BORER, Art. 10 N. 12; VENTURI, S. 27; ZÄCH, N. 473 m.w.H. Die Kriterien entsprechen denjenigen im EG-Wettbewerbsrecht und unterscheiden sich teils von jenen im US-amerikanischen Antitrustrecht. Letzteres gilt dennoch als Ursprung dieser Doktrin: dazu EuGH vom 18. Februar 1994, *Frankreich, SCPA und EMC/Kommission*, Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375, N. 90 ff. und FLEISCHER/KÖRBER, S. 10 ff.

¹²⁹ *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff. N. 83.

¹³⁰ Vgl. zum Ganzen: REY, N. 518 ff. Vgl. des Weiteren auch die Theorien zur *hypothetischen Kausalität* (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 2719; REY, N. 604 ff.) und zum *rechtmässigen Alternativverhalten* (BGE 122 III 232 ff. [„comportement de substitution licite“]; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 2722; REY, N. 644 ff.).

abzuwägen¹³¹. Eine Beurteilungskompetenz der Weko entfällt, sobald Nachteile nicht durch das Vorhaben verursacht werden, da die materiellen Voraussetzungen einer Intervention fehlen¹³².

¹³¹ FUNKE, S. 27. Generell zu Unternehmenszusammenschlüssen: NORDMANN, S. 24, welcher „das Instrumentarium der Fusionskontrolle [deshalb] als *'janusköpfiges Gebilde'*“ bezeichnet.
¹³² Zur Strukturkontrolle BORER, Art. 10 N. 12, insb. seine FN. 452.

D. Exkurs: Historischer Hintergrund des (Contractual bzw. Corporate) Joint Ventures

Verwendet man den Ausdruck 'Joint Venture' in den USA, so läuft man grosse Gefahr, missverstanden zu werden. Denn die US-Amerikaner gebrauchen den Ausdruck *primär* in einem *anderen Sinn*, als dieser von der schweizerischen und europäischen Lehre verwendet wird. Nicht rein zufällig wird hier die USA hervorgehoben. Dies hat seine Bewandnis in einer von den US-Amerikanern selber behaupteten Traditionsverbundenheit zum Joint Venture, der zufolge sie die Begründer des Joint Venture-Konzeptes seien. Diese unbescheidene Aussage bedarf jedoch einer Erläuterung.

Denn die grundsätzliche Idee und das Konzept eines Joint Ventures kann bis lange vor das Zeitalter der Christianisierung, in die *Hochkulturen der Ägypter, Syrer, Phönizier und Babylonier* zurückverfolgt werden¹³³. Damals bedienten sich Verkäufer und Händler einer joint-venture-artigen **Erfindung der Geschäftswelt**, um grössere Handelsoptionen – meist *Übersee* – auszuführen. Auch ist bekannt, dass englische Kaufleute vor ungefähr vier- bis fünfhundert Jahren ebenfalls solche Gesellschaftsformen verwendet haben, in welchen sich sog. 'Merchant Venturers' resp. 'Gentlemen Adventurers' formierten¹³⁴. Verwendet wurden solche 'Joint Adventures' v.a. zur Beschaffung von Ressourcen aus fernen Regionen, wie beispielsweise Amerika oder Indien, und fanden in jener Zeit meist zu *Kolonialisierungszwecken* Anwendung¹³⁵. Nicht zuletzt deshalb erfreute sich diese Gesellschaftsform nebst in England auch auf dem kontinentaleuropäischen Festland einer wachsenden Beliebtheit. So wurden insb. in Holland viele solcher kaufmännischen Verbindungen zur Kolonialisierung und zum Überseehandel eingegangen¹³⁶. Nach der Zeit der Kolonialisierung kam das wirtschaftliche Interesse in Europa und den USA an den Joint Ventures erst in den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts wieder auf¹³⁷.

Von dieser Entwicklung des Joint Ventures in der Geschäftswelt ist grundsätzlich die **rechtliche Entwicklung** zu unterscheiden, also die selbständige Erfassung und Behandlung des Joint Ventures durch eine Rechtsordnung. Gerade in diesem Zusammenhang nämlich erhebt ein Teil der US-amerikanischen Rechtsprechung und Rechtslehre den Anspruch, ihr Land nehme hier die Protagonistenstellung ein: „**The concept of joint adventure as a legal relationship or association *sui generis* is purely of American origin dating from about 1890.**

¹³³ Vgl. dazu z.B. BURDICK, S. 112 ff.; JAEGER, S. 2; KARALIS, S. 2 (in seiner FN. 1); TEGEN, S. 38 ff. Weitere interessante literarische Hinweise finden sich bei WILLISTON/JAEGER, S. 544 (in dortiger FN. 1).

¹³⁴ DEFERRA, S. 334, linke Spalte; JAEGER, S. 2. Vgl. schon supra KAPITEL 1: A.

¹³⁵ JAEGER, S. 2.

¹³⁶ KARALIS, S. 2 (in seiner FN. 1); JAEGER, S. 2.

¹³⁷ Vgl. die zahlreichen Verweise bei KARALIS, S. 2, in seiner FN. 2; vgl. auch das Vorwort bei HORTEN/GRAFKAGENECK, S. V f.

Just how or why it originated no one seems precisely to know¹³⁸. Davor wurden Joint Venture-Gebilde zwar von den US-amerikanischen Richtern behandelt, jedoch nicht als ein rechtlich selbständiges Konzept. Statt dessen wurde das Joint Venture der US-amerikanischen 'Partnership' angepasst und nur als eine spezielle Form dieser Art der Zusammenarbeit behandelt¹³⁹. Das Erfordernis, neuen Entwicklungen in der Wirtschaft gerecht zu werden, führte die Richter schliesslich dazu, ihr Recht den Gegebenheiten anzupassen¹⁴⁰. Damit wurde die Evolution des rechtlichen Joint Venture-Konzeptes in Gang gesetzt.

Dieses wurde seither grundsätzlich als ein eigenständiges Gebilde *sui generis* verstanden, also insb. vom Konzept der 'Partnership' und jenem der sog. '**Joint Enterprise**' differenziert. Die Unterscheidung von Letzterem, die relativ leicht vorzunehmen ist, wird auch heute noch oftmals vernachlässigt, ist aber um so wichtiger, als der Ausdruck 'Joint Enterprise' allzu leicht mit '*Gemeinschaftsunternehmen*' als gleichbedeutend missverstanden werden könnte, weshalb folgende Klarstellung nötig ist: „*Joint venture* has the connotation of *profit-seeking*, while *joint enterprise* merely means that two or more are engaged in a common undertaking, whether for pleasure, recreation or convenience *not being material* to joint responsibility assumed by the participants“¹⁴¹. Die Differenzierung von der '**Partnership**' gestaltete sich jedoch etwas schwieriger, da diese inhaltlich dem Joint Venture viel näher steht (wurden doch die beiden Formen, wie soeben angesprochen, zuvor von den Richtern mehr oder weniger gleich behandelt) als die 'Joint Enterprise'. Bei der Festlegung der Eigenschaften des Joint Ventures ging es von Anfang an darum, dieses klar von der 'Partnership' abzugrenzen, weshalb die typischen Merkmale des Joint Ventures zugleich auch Unterscheidungskriterien zur Partnership darstellen. Herrschte zu Beginn dieser rechtlichen Konzeptentwicklung (wegen der Häufung von Beziehungen in Form von Joint Ventures im Geschäftsverkehr und dem Mangel an Präzedenzfällen) eine starke Meinungsdivergenz unter den Richtern, wie sich das Joint Venture denn im einzelnen charakterisieren solle, so zeichneten sich im Verlaufe der Zeit folgende Eigenschaften als essentiell aus, die noch bis heute ihre Gültigkeit haben: Nebst dem, dass mindestens *zwei oder mehrere Personen* einen *Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossen* haben müssen, wird für ein *so verstandenes Joint Venture* weiter *vorausgesetzt*:

¹³⁸ Zitat stammt aus dem in diesem Zusammenhang bekannten US-amerikanischen Entscheid *State ex rel. Crane Co. v. Stokke*, abgedruckt bei WILLISTON/JAEGER, S. 544 (in dortiger FN. 2). Eine grosse Verweissammlung auf Leading Cases für Joint Ventures findet sich bei JAEGER, S. 2 (in seiner FN. 2). Vgl. auch das abgedruckte Zitat bei KARALIS, S. 6 (in seiner FN. 1), aus dem Entscheid *Bradbury v. Nagelhus*: „Historically the legal concept of a joint adventure, as separate from a co-partnership, is American and of comparatively recent origin“.

¹³⁹ JAEGER, S. 3, mit praktischen Beispielen aus jener Phase in seiner FN. 3. Die US-amerikanische 'Partnership' ist gemäss VOGT/WATTER, S. 7 (in deren FN. 7), zu vergleichen mit der schweizerischen Kollektivgesellschaft.

¹⁴⁰ JAEGER, S. 3 ff.

¹⁴¹ JAEGER, S. 3 und 16: „'joint enterprise' is *far broader* than 'joint venture' [...], the basis for distinguishing between the two forms of association is the concept of 'venture', which connotes a business or profit motive, *although there are decisions to the contrary*". Vgl. zu letzterer Aussage genauer bei JAEGER, S. 14 und beispielsweise den Supreme Court of Michigan *infra* in FN. 143.

- „(a) A **contribution** by the parties of money, property, effort, knowledge, skill or other asset to a common undertaking;
- (b) A **joint property interest** in the subject matter of the venture;
- (c) A right of **mutual control or management** of the enterprise;
- (d) **Expectation of profit**, or the presence of ‘adventure’, as it is sometimes called;
- (e) A right to **participate in the profits [but no necessary duty to share losses]**¹⁴²;
- (f) Most usually, limitation of the objective to **a single undertaking or ad hoc enterprise**¹⁴³
- (g) Zudem besteht bei einem solchen Joint Venture **keine eigene „legal entity“**¹⁴⁴.

Trotz dieser eindeutig US-amerikanischen *Entwicklung eines* rechtlich eigenständigen Joint Venture-Konzepts, bleibt es umstritten, inwiefern ein solches nicht zuvor schon einer anderen Rechtsordnung entsprungen ist und damit einen anderen Ursprungsort hat als die USA¹⁴⁵. Denn eben der Umstand, dass solche Konzepte im Geschäftsverkehr lange Zeit vor dem Bestehen der USA existierten, lässt zumindest die Vermutung aufkommen, dass sich früher schon andere Kulturen mit dem Joint Venture rechtlich befasst haben mussten. So ist es beispielsweise nicht auszuschliessen, dass die Engländer zur Zeit der Kolonialisierung im 16. Jahrhundert (wenn auch nicht unbedingt in einem formellen Gesetz, so doch vielleicht

¹⁴² JAEGER, S. 21.

¹⁴³ JAEGER, S. 9 f. So auch KARALIS, S. 6. Die ausgearbeiteten Kriterien beruhen auf der Definition von WILLISTON/JAEGER, S. 554: „The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine their money, property, knowledge, skills, experience, time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture”. Detaillierter hat sich dazu der Supreme Court of Michigan im Fall *Hathaway v. Porter Royalty Pool* geäußert, abgedruckt bei JAEGER, S. 7 und WILLISTON/JAEGER, S. 554: „It can be said that a joint adventure contemplates an enterprise jointly undertaken, that it is an association of such joint undertakers to carry out a single project for profit; that the profits are to be shared, as well as the losses, though the liability of a joint adventurer for a proportionate part of the losses or expenditures of the joint enterprise may be affected by the terms of the contract. There must be a contribution by the parties to a common undertaking to constitute a joint adventure; and a community of interest as well as some control over the subject matter or property right of the contract. Whether the parties to a particular contract have thereby created as between themselves, the relation of joint adventurers or some other relation depends upon their *actual intention*, and such relationship arises only when they intend to associate themselves as such. This intention is to be determined in accordance with the ordinary rules governing the interpretation and construction of contracts”. Einzelheiten zur Differenzierung zwischen der ‘Partnership’ und dem so verstandenen Joint Venture sind bei JAEGER, S. 17 ff. aufgeführt. Diesem gegenüber hat insb. LANGEFELD-WIRTH, S. 34, eine a.M.: Er unterscheidet die beiden Formen ausschliesslich über die „narrowness of purpose“, welche, wie in der Aufzählung unter Punkt (f) gezeigt, das Joint Venture charakterisiert.

¹⁴⁴ JAEGER, S. 20. A.M. wohl KARALIS, S. 6.

¹⁴⁵ So drückt beispielsweise KARALIS, S. 6, seine Zweifel über einen US-amerikanischen *Ursprungsort* wie folgt aus: „The precise origin of the legal concept of the joint venture [...] is not known. Some believe that the concept originated in the United States”.

richterrechtlich) schon ein rechtlich selbständiges Joint Venture-Konzept entworfen haben¹⁴⁶.

Mag auch der konzeptionelle Ursprungsort aus rechtlicher Sicht nicht mit Sicherheit bestimmbar sein, so ist es immerhin unbestritten, dass der *Ausdruck* des so verstandenen 'Joint Ventures' durch die US-amerikanische Geschäftspraxis **weltweit** populär wurde und somit *vermehrt* Verwendung auf dem ganzen Globus fand¹⁴⁷. Dabei wurden gewiss auch Ansätze des US-amerikanischen *Sinngehalts* verbreitet. Durchgesetzt hat sich ein solches Rechtsverständnis dort aber nicht. Vielmehr liessen sich die meisten Rechtsordnungen durch die **wirtschaftlichen Entwicklungen** beeinflussen, welche mit den rechtlichen Hand in Hand gehen. *Denn in der internationalen Geschäftswelt wurde mittlerweile unter dem Ausdruck 'Joint Venture' typischerweise die wirtschaftliche Zusammenarbeit von zwei oder mehr Unternehmen in einer gemeinsamen Tochtergesellschaft verstanden*¹⁴⁸. Von den praktischen Umständen des Wirtschaftslebens geleitet und den spezifischen Bedürfnissen einzelner Rechtsgebiete Rechnung tragend, wurde die Bezeichnung 'Joint Venture' oftmals anders gefüllt als in den USA, was zu einem international uneinheitlichen Verständnis des rechtlichen Joint Venture-Konzepts (und dies nicht nur gegenüber den USA) führte. In der Schweiz ist das Joint Venture erst seit kurzem als rechtliches Konzept nationalisiert worden, *nicht etwa als ein gesellschaftsrechtliches wie in den USA*, sondern als ein *wettbewerbsrechtliches*¹⁴⁹. Zu dieser inhaltlichen Weiterentwicklung des Konzeptes kam es in der Schweiz, als der Gesetzgeber den wirtschaftlichen Gegebenheiten mittels Erlass eines effizienten VKU gerecht wurde und dazu den Rechtsbegriff des Joint Ventures (resp. des als synonym verstandenen Gemeinschaftsunternehmens) ins schweizerische Wettbewerbsrecht einführte¹⁵⁰. Dahinter steckt der Gedanke und die Notwendigkeit, möglichst *praktikable* Gesetze zu erlassen. Auch in anderen europäischen Ländern scheint sich diese differenzierte Auffassung des Joint Ventures, welche durch die gezeigte Sichtweise des Wirtschaftslebens beeinflusst ist, in irgend einer Form (und Variante) durchgesetzt, und im rechtlichen Sprachgebrauch eingebürgert zu haben¹⁵¹.

Auch die US-Amerikaner haben ein solches Verständnis als Folge der letzten Entwicklung der Wirtschaftspraxis aufgenommen. Daneben hielten sie aber weiterhin an ihrem bisherigen Verständnis fest. **Sekundär** erhielt die Bezeichnung 'Joint Venture' in den USA also eine zusätzliche Bedeutung, insb. auch im

¹⁴⁶ In diese Richtungweisend: DEFERRA, S. 334, linke Spalte, der davon ausgeht, dass das Joint Venture auf eine Organisationsform des alten englischen Gesellschaftsrechts zurückgeht. Vgl. schon supra KAPITEL 1: A.

¹⁴⁷ Vgl. supra KAPITEL 1: A.

¹⁴⁸ ALTIN-SIEBER, S. 142; LANGEFELD-WIRTH, S. 34.

¹⁴⁹ Dazu schon supra KAPITEL 1: B.I.1 (insb. FN. 33). Als gesellschaftsrechtliches Konzept konnte sich das Joint Venture in der Schweiz noch keinen Platz sichern. Hier behält das Institut lediglich seinen Bedeutung als wirtschaftlicher Sachverhalt. Zur hiesigen 'Nationalisierung' bleibt zu sagen, dass diese grundsätzlich von der bereits erwähnten (supra KAPITEL 1: A) zu unterscheiden ist: Erstere ist materieller, Letztere formeller Art.

¹⁵⁰ Supra KAPITEL 1: B.I.1.

¹⁵¹ Vgl. beispielsweise die EG-rechtliche und deutsche Auffassung: supra KAPITEL 1: B.I.2 und KAPITEL 1: B.I.3.

Antitrustrecht¹⁵². Somit waren Missverständnisse vorprogrammiert. In der Folge fanden häufig Bemühungen statt, eine einzige Definition zu kreieren, welche beide Formen gemeinsam umfasst. Eine solche zusätzliche Definitionsvielfalt für ein und denselben Ausdruck führte unweigerlich zu einer uneinheitlichen Auffassung auch innerhalb der USA¹⁵³. Diesem Problem Abhilfe schaffend, haben sich *sprachliche Zusätze* zur formellen Unterscheidung durchgesetzt: Fortan wurden Sachverhalte, die im Sinne des *primären* Verständnisses qualifiziert wurden, als **Contractual** resp. **Non-Equity Joint Ventures**, solche im Sinne des sekundären Verständnisses als **Corporate** resp. **Equity Joint Ventures** bezeichnet¹⁵⁴. Um beide Begriffe gemeinsam zu erfassen, wurde seither des öfteren die Bezeichnung *'Joint Venture im weiteren Sinne'* verwendet¹⁵⁵.

Heute werden die beiden Joint Venture-Arten wie folgt **auseinandergehalten**: Schwergewichtig wird die *rechtliche Selbständigkeit* hervorgehoben, welche ausschliesslich das Equity Joint Venture charakterisiert¹⁵⁶. Manche Autoren unterscheiden die beiden Joint Venture-Formen mittels anderer Kriterien: „a contractual joint venture is an agreement between two or more (in terms of ownership) separate firms for the exchange of performance while an equity joint venture provides

¹⁵² Vgl. das engere Verständnis in FN. 153.

Zum Sekundärcharakter dieses Verständnisses vgl. ALTIN-SIEBER, S. 142; LANGEFELD-WIRTH, S. 34 m.w.H. Nebst der Auffassung, dass der Joint Venture-Ausdruck im US-amerikanischen Recht die genannten beiden Sinngehalte umfasst, was weiter beispielsweise von CLAUSEN, S. 22; DJALALI, S. 10 („Inzwischen erfuhr der Begriff 'joint adventure' [...] auch im amerikanischen Sprachgebrauch eine *inhaltliche Erweiterung*“); KARALIS, S. 7, vertreten wird, scheinen gewisse Autoren die Meinung zu haben, dass der Joint Venture-Ausdruck in den USA lediglich das primäre Verständnis umfasst: so z.B. STAUDENMEYER, S. 115, in ihrer FN. 43 m.w.H.

¹⁵³ So finden sich im **US-amerikanischen Antitrustrecht** die folgenden gegensätzlichen Auffassungen über den Inhalt eines Joint Ventures: Eine sehr *weites*, jedenfalls das Equity und Contractual Joint Venture (vgl. zu diesen Ausdrücken sogleich bei FN. 154) umfassendes Verständnis haben GRIFFIN/CALABRESE, S. 319, mittlere Spalte: „*For purposes of analysis under the US antitrust laws, the term 'joint venture' encompasses a variety of business forms including: the creation of new corporate 'offspring' by the venture 'parents'; contractual arrangements, such as joint bidding and teaming, which involve no equity transactions; and 'quasi-mergers', ie acquisitions by one parent of a portion of the stock or assets of the other parent. The ventures may be for 'one deal', permanent, or for a fixed time period and may involve two or more parents or an entire industry*“ (unter *'offspring'* ist zu verstehen: „*[that] the venture parents [...] establish a new competitive entity in the marketplace*“ [S. 320. linke Spalte]). G.L.M. LANGEFELD-WIRTH, S. 35. Dieser enumerativen Definition stellt sich die *engere* Auffassung von BRODLEY, S. 1526 f., gegenüber: „*A joint venture may be defined for antitrust purposes as an integration of operations between two or more separate firms in which the following conditions are present: (i) the enterprise is under the joint control of the parent firms, which are not under related control; (ii) each parent makes a substantial contribution to the joint venture; (iii) the joint venture exists as a business entity separate from its parents; (iv) the joint venture creates significant new enterprise capability in terms of new productive capacity, new technology, a new product or entry into a new market*“. Weitere Beispiele für die Definitionsvielfalt finden sich bei ALTIN-SIEBER, S. 140 ff.

¹⁵⁴ So differenzieren beispielsweise: ALTIN-SIEBER, S. 143; BÖMLE, S. 506; CLAUSEN, S. 22; DEFERRA, S. 334, linke Spalte; DJALALI, S. 30 ff.; KARALIS, S. 7; KASSMAN, S. 13, linke Spalte; LANGEFELD-WIRTH, S. 34 f.; OERTLE, S. 4 f.; REYMOND, S. 385; STAUDENMEYER, S. 10 f.; VOGT/WATTER, S. 7 ff.; WEDER, S. 36 ff.

¹⁵⁵ So z.B. ALTIN-SIEBER, S. 146; BÖMLE, S. 506. In der US-amerikanischen Literatur vgl. z.B. KARALIS, S. 6: „*joint venture in the broad [...] sense*“.

¹⁵⁶ ALTIN-SIEBER, S. 143; CLAUSEN, S. 22; DJALALI, S. 31; JAEGER, S. 20; LANGEFELD-WIRTH, S. 34 f.; STAUDENMEYER, S. 10; VOGT/WATTER, S. 16; WEDER, S. 36.

for future decisions-making in a jointly owned company"¹⁵⁷. Weiter wird vereinzelt darauf hingewiesen, „[that] the *duration* and *purpose* of a joint venture often dictates the most appropriate form. Long term joint ventures, particularly those that are broad based, usually are best suited to a corporate structure. Short term or narrowly defined joint ventures often are better formulated contractually"¹⁵⁸. Somit wird auch die *Dauer* und der *Zweck* des gemeinsamen Unterfangens als typisches Erkennungsmerkmal in den Vordergrund gerückt¹⁵⁹. Die aufgeführten Merkmale sind geeignet, ergänzend zum hier als unerlässlich angesehenen Kriterium der rechtlichen Selbständigkeit, zumindest als Hilfsindikatoren zu dienen und zu bestimmen, ob die eine oder die andere Joint Venture-Form vorliegt.

Soweit das Contractual Joint Venture mit der (schweizerischen) einfachen Gesellschaft *gleichgestellt* wird, besteht die Möglichkeit einer Erfassung durch die schweizerische Strukturkontrolle auch bei solchen Vorgängen¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ALTIN-SIEBER, S. 143; BERG/DUNCAN/FRIEDMAN, S. 3. Nebst des aussergewöhnlichen Unterscheidungsmerkmals des *zukünftigen Entscheidungsbildungsprozesses* wird der oftmals genannte *Kapitalbeteiligungsaspekt* (*Kapitalverflechtung*) erwähnt, den beispielsweise auch BÖMLE, S. 506; DJALALI, S. 31; FILLIOL, S. 13 f.; LANGEFELD-WIRTH, S. 35; STAUDENMEYER, S. 10; WEDER, S. 37, zur Unterscheidung hervorheben. Der Ausdruck 'Equity' basiert auf letztgenanntem Unterscheidungsmerkmal. Manche Autoren (z.B. ALTIN-SIEBER, S. 143; DJALALI, S. 31) bevorzugen darum den Ausdruck *Corporate Joint Venture*, da dieser sich „mehr oder weniger“ auf die Rechtspersönlichkeit beziehe und somit „geeigneter“ sei. Abgesehen davon, dass es m.E. nicht darauf ankommt, welche Bezeichnung man wählt, solange die Inhalte klar definiert werden (und dies ist bei einer solchen Bezeichnung mit dermassen vielen Bedeutungen sowieso unerlässlich; supra KAPITEL 1: B), spricht dieser Hinweis vielmehr dafür, ein solches Abgrenzungskriterium nur hilfsweise hinzuzuziehen, es insb. nicht als ein zentrales Unterscheidungsmerkmal aufzuführen.

¹⁵⁸ KARALIS, S. 7. Ähnlich auch DJALALI, S. 30.

¹⁵⁹ So teils auch bei DEFERRA, S. 337, linke Spalte; LANGEFELD-WIRTH, S. 35; STAUDENMEYER, S. 11; VOGT/WATTER; WEDER, S. 47, zu finden.

¹⁶⁰ Bei einer Gleichstellung des Contractual Joint Ventures mit der einfachen Gesellschaft ist aber **Vorsicht geboten**, da Ersterem eine typische Eigenschaft der einfachen Gesellschaft fehlt: So haben die Partner beim Contractual Joint Venture gerade keine „*shared ownership*“ (KARALIS, S. 8), während das (zwar) dispositive Schweizerrecht bei der einfachen Gesellschaft (immerhin) grundsätzlich ein Gesamthandverhältnis an Eigentum unterstellt (Art. 544 OR; vgl. auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 256). Abgesehen davon sind sich die beiden Gesellschaftsformen sehr ähnlich, so dass beim Contractual Joint Venture wohl (zumindest zur besseren Veranschaulichung eines solchen aus schweizerischer Sicht) von einer *speziellen Art einer einfachen Gesellschaft* gesprochen werden kann. So ähnlich auch HUBER, S. 2; REYMOND, S. 385 („le terme de Joint Venture est fréquemment utilisé pour désigner des accords de collaboration [...] à caractère purement contractuel (contractual Joint Venture), que le droit suisse qualifierait de société simple, comme les contrats de consortium“); VOGT/WATTER, S. 7 ff.; WEDER, S. 47 (Dieser sieht eine Abgrenzung nicht als möglich an, da „alle Definitionsmerkmale erfüllt“ sind); WÜRSCH, S. 169. DJALALI, S. 30 f. und 45, setzt die einfache Gesellschaft resp. das Konsortium mit dem Contractual Joint Venture gleich und beruft sich dabei (nebst eigenen Erläuterungen) auf letzterer Seite fälschlicherweise auch auf OERTLE, der diese Meinung jedoch nicht teilt. Vielmehr setzt dieser, unter dem angebrachten Verweis DJALALIS, eine '*Interessengemeinschaft*' dem Contractual Joint Venture gleich. Gleichzeitig setzt OERTLE diese Interessengemeinschaft einer *Gewinnngemeinschaft* gleich, welche sich lediglich auf die Zuteilung von Betriebsgewinn konzentriert, und grenzt diese vom Equity Joint Venture durch ihre Möglichkeit ab, *auf eine Gesellschaftsstruktur und eine Unternehmenstätigkeit zu verzichten*. Ein Konsortium ist aber gerade (in seiner typischen Form der einfachen Gesellschaft) '*gesellschaftlich*' organisiert (SCHLUEP, S. 293), womit der Verweis DJALALIS als falsch zu qualifizieren ist. OERTLE setzt also das Contractual Joint Venture nicht der einfachen Gesellschaft gleich und vertritt somit eine (sicherlich nicht ganz unberechtigte) *a.M.* Dabei fällt auf, dass OERTLE (wie auch SCHLUEP, S. 291 f., auf welchen Ersterer verweist) unter einer Interessengemeinschaft nicht dasselbe versteht, wie das was beispielsweise MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 5 ff., unter einer schlichten Interessengemeinschaft verstehen (Dort ist eine *gesetzlich* zustande gekommene Gemeinschaft wie die Erbgemeinschaft, die gesetzliche Bruchteilsgemeinschaft, die Gläubigergemeinschaft

im Konkurs, die Gemeinschaft der Gläubiger bei Anlehensobligationen oder die Gemeinschaft der Inhaber von Genussscheinen zu verstehen). Ein weiterer Autor, der das Contractual Joint Venture nicht schlicht mit der einfachen Gesellschaft gleichsetzt, ist FILLIOL, S. 13 f.

KAPITEL 2: Relevanz der Einordnungsfrage bei Joint Venture-Entstehungen im KG

Die Antwort auf die Frage, ob und durch welche Bestimmungen die Entstehung eines Joint Ventures vom KG erfasst wird, kann weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen. Denn die einzelnen Kontrollmöglichkeiten privater Wettbewerbsbeschränkungen sind, wie nachfolgend gezeigt wird, jeweils unterschiedlich ausgestaltet¹⁶¹. Es gilt im wesentlichen zwischen der Strukturkontrolle – besser bekannt unter der Bezeichnung Fusions- oder Zusammenschlusskontrolle (Art. 9-11 KG) – und der Verhaltenskontrolle zu unterscheiden, wobei Letztere sowohl die eigentliche Kartellkontrolle (Art. 5 KG) als auch die Kontrolle über die Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) umfasst. Im Anschluss werden die Verhaltens- und die Strukturkontrolle einander gegenübergestellt und die Unterschiede aufgezeigt, um die Bedeutung der Erfassungsproblematik aufzuzeigen. Abzugrenzen ist diese Unterscheidung der verschiedenen *Konsequenzen* einer jeweiligen Einordnung der Joint Venture-Entstehung von der *Einordnungsproblematik selbst*. Auf Letztere wird erst in einem nächsten Schritt näher eingegangen (KAPITEL 3 – KAPITEL 7).

¹⁶¹ Vgl. FN. 292.

A. Unterschiedliche Beurteilungsmassstäbe

Die Festsetzung des konkreten Beurteilungsmassstabs, welcher auf eine Wettbewerbsbeschränkung anzuwenden ist, kann im Kartellrecht entweder über den Intensitätsgrad von Beschränkungen oder dann über den auf einem Markt verbleibenden Wettbewerb erfolgen. Das KG orientiert sich grundsätzlich am sog. *wirksamen Wettbewerb* (explizit erwähnt in Art. 5, 10 KG)¹⁶², weshalb es sich vorweg aufdrängt, kurz auf diesen separat einzugehen, soweit es sich für die nachfolgenden Ausführungen als nützlich erweist.

I. Generelle Ausrichtung am (wirksamen) Wettbewerb

Der hohe Stellenwert des Wettbewerbs im KG erklärt sich aus seiner in Art. 1 KG festgehaltenen Bedeutung: Durch den Zweckartikel wird der Wettbewerb als zu verfolgendes Ordnungsprinzip der Wirtschaft institutionell im Sinne eines *Massstabs* fixiert¹⁶³. Was aber unter Wettbewerb konkret zu verstehen ist bzw. wie dieser als Massstab ausgestaltet sein muss, wurde vom Gesetzgeber bewusst nicht beantwortet. Er überlässt die Antwort auf diese Frage der Debatte über die wettbewerbspolitischen Leitbilder. Denn der gesetzlich verwendete Ausdruck 'wirksamer Wettbewerb' trägt im heutigen KG entgegen seinem ursprünglichen Verständnis nicht etwa dieselbe Bedeutung wie die 'workability'-Konzepte der traditionellen Harvard-Wettbewerbsschule der fünfziger und sechziger Jahre¹⁶⁴. Vielmehr ist unter wirksamem Wettbewerb *alles und nichts* zu verstehen: Alles, weil sämtliche, also auch künftige wettbewerbspolitische Leitbilder, inklusive jene der soeben erwähnten Harvard-Wettbewerbsschule, erfasst werden können, und nichts, weil sich die Wendung für keine bestimmte Theorie ausspricht und sich somit nicht allgemeingültigen Rezepten verschreibt¹⁶⁵. Ohne konkreten Wertgehalt ist der Ausdruck 'wirksamer Wettbewerb' lediglich eine bedeutungslose *Worthülse*, weshalb die Bezeichnung auf die angesprochene wettbewerbspolitische Debatte angewiesen ist.

¹⁶² Siehe z.B. zu den Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen die Botschaft 1994, S. 47: „erfolgreiche Behinderungspraktiken [sind] durchaus geeignet [...], *wirksamen Wettbewerb* zu beseitigen“. ZURKINDEN, S. 241.

¹⁶³ BORER, Art. 1 N. 14. Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass die Schweiz, wie übrigens die meisten westlichen Industriestaaten, nebst der *freien Marktwirtschaft* auch das Koordinationssystem der *zentralen Planwirtschaft* und jenes der *Gruppenvereinbarung* kennt, d.h. eine gemischte Wirtschaftsverfassung (*mixed economy*) lebt: Botschaft 1994, S. 32 f.; AMSTUTZ, S. 885, rechte Spalte; RUFFNER, S. 26; SCHLUEP, Funktionalität, S. 147 f.; ZÄCH, N. 13. Zu den einzelnen Koordinationssystemen vgl. statt vieler ZÄCH, N. 14 ff. und 30 ff.; ZÄCH, EU, S. 217 ff.

¹⁶⁴ Botschaft 1994, S. 37 f. und 45: Den 'workability'-Konzepten war allen gemeinsam, dass sie sich grundsätzlich nach dem (vermeintlichen) Idealzustand der vollkommenen Konkurrenz orientierten. Bald wurde jedoch erkannt, dass das fragliche Gleichgewichtsmodell der vollkommenen Konkurrenz alleine kein geeignetes wettbewerbspolitisches Leitbild abgeben kann (Botschaft 1994, S. 37). Eine ähnliche Auffassung des wirksamen Wettbewerbs wird auch schon dem KG'85 unterstellt: Botschaft 1994, S. 48, insb. in dortiger FN. 59; HOFFET, Art. 1 N. 42.

¹⁶⁵ Botschaft 1994, S. 44 f. (zu allen Fundstellennachweisen im Zusammenhang mit dem wettbewerbspolitischen Konzept des KG vgl. auch die entsprechenden Stellen beim Verfasser des Botschaftstextes: BALDI, S. 253 ff.); BORER, Art. 1 N. 16 f.; HOFFET, Art. 1 N. 44 f. m.w.H.; STOFFEL, S. 112, rechte Spalte.

Eine solche Lösung des Gesetzgebers macht das heutige Kartellrecht bezüglich der Wahl geeigneter Beurteilungsmuster besonders anpassungsfähig und effizient. Die einzelnen ökonomischen Leitbilder haben grundsätzlich nur im konkreten Anwendungsfall Bedeutung für das KG. Sie dienen der Auffüllung des Beurteilungsmassstabs 'Wettbewerb' zu einem bestimmten Zeitpunkt und prägen so die Rechtsanwendung; daneben bestimmen sie aber ganz allgemein die Gesetzgebung und somit auch die ganze normative Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts¹⁶⁶. Die Wertungen, welche die einzelnen wettbewerbstheoretischen Leitbilder prägen, unterliegen einem ständigen Wandel und werden besonders von dynamischen und neuen Märkten geprägt und weiterentwickelt¹⁶⁷.

Es liegt also auf der Hand, dass eine abschliessende Darstellung aller möglichen Wettbewerbstheorien, die jeweils nur beschränkt zur Anwendung gelangen und einem ständigen Wechsel unterliegen, nicht Zweck dieser Abhandlung sein kann. Abgesehen davon kann die Einsicht, dass sich der wirksame Wettbewerb entsprechend moderner Markt- und Wettbewerbstheorien nicht auf eine bestimmte ökonomische Doktrin festlegt, dazu führen, das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs selber wiederum als eine eigene Theorie bzw. ein eigenes Konzept anzusehen¹⁶⁸. So oder anders steht fest, dass sich etwaige *Tendenzen* wettbewerbspolitischer Grundmuster des KG konsequenterweise nicht direkt aus dem Gesetz selber, sondern höchstens aus der Botschaft des Bundesrates herauslesen lassen¹⁶⁹. Letzterer folgend kann der beabsichtigte Gehalt der flexiblen Generalklausel in Ansätzen eruiert und immerhin eine gewisse *konsistente Marschrichtung* festgehalten werden. Die daraus entspringende Rechtssicherheit betreffend der zu erwartenden Analysemethoden durch den Rechtsanwender entspricht der gesetzgeberischen Forderung, einen Verhaltenskodex für Unternehmen zu schaffen¹⁷⁰.

Der **Botschaft** zufolge ist wirksamer Wettbewerb dann gegeben, wenn seine *zentralen Funktionen* nicht erheblich gestört werden, d.h. die alloкатive und dynamische Effizienz der Märkte jeweils gesichert ist¹⁷¹. Die *einzelnen Unternehmen* in einem Markt sollen ihre Ressourcen optimal einsetzen, ihre Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anpassen sowie innovativ aktiv bleiben¹⁷². Dieser Druck basiert auf der Wirtschafts- bzw. Vertragsfreiheit jedes

¹⁶⁶ Botschaft 1994, S. 48 f.; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 192 ff.; ZÄCH, N. 80.

¹⁶⁷ Zum Wandel wettbewerbspolitischer Leitbilder und zu den neusten wettbewerbstheoretischen Erkenntnissen vgl. u.a.: Botschaft 1994, S. 37 ff.; DEISS, S. 32 f.; NORDMANN, S. 25 ff.; RUFFNER, S. 51 ff.; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 145 ff. m.w.H.; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, S. 11 ff.; ZÄCH, N. 81 ff. m.w.H. Zusätzliche Verweise finden sich bei BORER, Art. 1 N. 17, in seiner FN. 105.

¹⁶⁸ Ein solches Verständnis des wirksamen Wettbewerbs lässt sich feststellen bei: Botschaft 1994, S. 44 ff. (insb. S. 48); BORER, Art. 1 N. 18; HOFFET, Art. 1 N. 44 ff.

¹⁶⁹ So BORER, Art. 1 N. 17 in fine.

¹⁷⁰ Botschaft 1994, S. 24; HOFFET, Art. 1 N. 55.

¹⁷¹ Botschaft 1994, S. 5 f. und 45 f. Vgl. auch BALDI/BORER, S. 344: „Ziel solcher Wettbewerbspolitik ist der Schutz der Marktprozesse“.

¹⁷² Im einzelnen stehen dabei die *Markträumungsfunktion*, die *Renditennormalisierungsfunktion*, die *Übermächtersektionsfunktion*, die *Verfahrensfortschrittsfunktion* und die *Produktfortschrittsfunktion* im Mittelpunkt. Zu deren jeweiligen Bedeutung: Botschaft 1994, S. 43 (in dortiger FN. 52 ff) m.w.H.; BORCHERT/GROSSEKETTLER, S. 174 ff.; HOFFET, Art. 1 N. 46; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 176 f.; ZÄCH, N. 89. Vgl. auch die (teils weiteren) „tatsächlichen Auswirkungen des Wettbewerbs“ bei ZÄCH, N. 10 ff.

einzelnen Marktteilnehmers, welche Ausfluss einer jeden freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung ist. Da diese Freiheit (*Privatautonomie*)¹⁷³ zur Befriedigung der eigenen Bedürfnisse grundsätzlich allen zukommt, besteht nie eine völlige Sicherheit, in der Wirtschaft erfolgreich zu sein. Jeder Marktteilnehmer trägt sein wirtschaftliches Risiko selber, woraus eine ungewisse und anstrengende Situation entsteht¹⁷⁴. Solche auf freiem Wettbewerb beruhenden Wirtschaftssysteme sind allgegenwärtig von einer gewissen Hektik und Stress geprägt; Konkurrenten – beispielsweise seitens der Anbieter – werden, um ihren Fortbestand zu sichern, mittels dieser Freiheit ihrem *Willen* Ausdruck verleihen, sich *zwecks des Erwerbs der Konsumentengunst gegenseitig auszustecken* (was *eigentliche Triebfeder* des Wettbewerbs ist), und dadurch den Handlungsspielraum anderer Konkurrenten einengen, *wobei* der Druck und somit die zentralen Wettbewerbsfunktionen weiterhin erhalten bleiben müssen¹⁷⁵. Letzteres ist erforderliche Grenze, um das Erreichen des von einem jeden Unternehmen naturgemäss angestrebten Nirvanazustands – sich also durch Missbrauch der Eigengrösse oder in Verbindung mit weiteren Unternehmen dieses z.T. *martialischen Drucks* zu entziehen – zu verhindern¹⁷⁶. Denn das wiederum würde zu einer Änderung des wirtschaftlichen Koordinationssystems in Richtung privater Planwirtschaft und Gruppenvereinbarungen führen¹⁷⁷. Solchen selbstzerstörerischen, *systemimmanenten Unzulänglichkeiten* der freien Marktwirtschaft wirkt nun das Kartellrecht entgegen, indem es die Wirtschaftsfreiheit dort schützt, wo diese sich selbst aufzuheben droht und zu diesem Zweck jene Wirtschaftsfreiheit der wettbewerbsverfälschend wirkenden Konkurrenten relativiert¹⁷⁸. Ansonsten sind aber private Eingriffe in die Freiheit der Marktteilnehmer nicht nur erlaubt, sondern vielmehr systemnotwendig; *solche Beschränkungen des*

¹⁷³ Dazu bereits unter FN. 53 und infra KAPITEL 5: B.II.1.

¹⁷⁴ Botschaft 1994, S. 5; ZÄCH, N. 1, 7, 14 f. und 22; ZÄCH, EU, S. 218 f.; ZURKINDEN, S. 204.

¹⁷⁵ Botschaft 1994 S. 102 („Wettbewerb [ist] letztlich immer ein *Kampf* um Marktanteile“); AMSTUTZ, S. 885, linke Spalte; AMSTUTZ, Vorstudien, S. 89; BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 5 (Es geht um den Erhalt von „*Rivalität*“ unter den Marktteilnehmern); BORER, Kooperationen, S. 876, rechte Spalte (Grenze solchen Handelns ist die „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Koordinationsmechanismus“); BUNTE, Einführung zum GWB, N. 64; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 148 f.; WEDER, S. 65 („jeder Marktteilnehmer [...] versucht, durch *antagonistisches* Verhalten seine Marktstellung im Vergleich zu derjenigen seiner Konkurrenten zu verbessern“). Zur Bedeutung des *Willens* für den Wettbewerb siehe FN. 451.

Rivalität spielt sich aber nicht nur zwischen Wettbewerbern (auf Seite der Anbieter *oder* Nachfrager) ab. Auch das Verhältnis zwischen Anbieter *und* Nachfrager ist durch Rivalität geprägt: So wollen Anbieter z.B. hohe Preise für einen geringen Aufwand, Nachfrager dagegen tiefe Preise für eine hohe Qualität (vgl. z.B. auch WEDER, S. 58 ff.). Erst durch einen Vertragsschluss wird diese Rivalität beseitigt, d.h. durch den Konsens ersetzt. *Der ganze Markt wird also grundsätzlich von der Rivalität als Antriebsfeder durchtränkt und dominiert.*

¹⁷⁶ Das gegenseitige Ausstechen kann zu einem „gegenseitig kostspieligen bzw. vernichtenden Konkurrenzkampf“ (so schon NÄGELI I, S. 38 und 249; KUMMER, S. 35, spricht von „Kampfplätzen“) führen. So auch Botschaft 1994, S. 5: „das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung an sich [*beinhaltet*] auch die Möglichkeit für die Marktteilnehmer [...], den Wettbewerb zu beseitigen oder doch in gesamtwirtschaftlich *unerwünschter* Weise zu beschränken“.

¹⁷⁷ SCHLUEP, Funktionalität, S. 147.

¹⁷⁸ Botschaft 1994, S. 5 (‘*selbstzerstörerisch*’ deshalb, da „das Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung an sich auch die Möglichkeit für die Marktteilnehmer beinhaltet, den Wettbewerb zu beseitigen oder doch in gesamtwirtschaftlich unerwünschter Weise zu beschränken“); AMSTUTZ, S. 884, linke Spalte; BORER, Art. 1 N. 5. Zur relativen Freiheit RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 148 f.; STÖCKLI, N. 268; ZÄCH/ZWEIFEL, S. 22 (sie sprechen in diesem Zusammenhang von „Trittbrettfahrern“).

Wettbewerbs sind systemkompatibel und bestimmen das „freie Spiel von Angebot und Nachfrage“¹⁷⁹. Soweit das KG in die Privatautonomie von Unternehmen eingreift, hat es den rechtsstaatlichen Anforderungen zu genügen, womit seine Anwendung insb. auch dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* unterworfen ist¹⁸⁰.

Das Kartellrecht steht in einer besonderen Beziehung zur (einer jeden arbeitsteilenden und darum spezialisierenden Gesellschaft inhärenten) Wirtschaft. Es sendet Impulse zu ihrer *Selbststeuerung* aus, indem systemimmanente Unzulänglichkeiten des Wettbewerbs bekämpft werden und so verhindert wird, dass sich die Marktwirtschaft selber aushebelt¹⁸¹. Das KG setzt dem Wettbewerb eine prozedurale *Rahmenordnung*, deren Schutzgut die den Wettbewerbsdruck erzeugende „Interaktion [...] [spontaner]¹⁸² antinomischer Willensausrichtungen“¹⁸³ unter (aktuellen oder potentiellen) Konkurrenten ist und welcher die zentralen Funktionen des Wettbewerbs als *Referenzmassstab* dienen¹⁸⁴. Wettbewerb wiederum ist systembegründendes¹⁸⁵ Prinzip der Marktwirtschaft, weshalb das **Kartellrecht** auch für die **Wirtschaftsordnung** systemnotwendig ist und zu ihr in einem **funktionalen Zusammenhang** steht: Das Kartellrecht dient dem Funktionieren der gesamten freien Marktwirtschaft und gestaltet (ergänzt, steuert und korrigiert) sie somit¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Botschaft 1994, S. 6. Schliesslich beschränkt schon jeder Vertragsabschluss unter Anbietern und Nachfragern die Wirtschaftsfreiheit aller anderen Konkurrenten, da ja nun keiner mehr von Letzteren genau dasselbe Bedürfnis eines solchen Kunden (wenigstens kurzfristig) befriedigen kann. Dabei handelt es sich aber um eine logische (notwendige) Konsequenz und Funktion des Wettbewerbs (Koordinationsfunktion des Wettbewerbs, dazu ZÄCH, N. 15), weshalb eine solche *Beschränkung* nicht wettbewerbschädigend sein kann. Vgl. weiter auch Botschaft 1994, S. 38 m.w.H. und S. 66, wo klar wird, dass Wettbewerbsbeschränkungen auch als *zulässig* beurteilt werden können; BORER, Art. 1 N. 21; DROLSHAMMER, S. 25; RUFFNER, Kartellgesetzgebung, S. 149 (der von einer „legitimen Wettbewerbsbeschränkung“ spricht); SCHLUEP, S. 253 („Wollte man die auf der allgemeinen Arbeitsteilung gründende *Zusammenarbeit* zwischen Wirtschaftssubjekten zum Gegenstand der Untersuchung erheben, würde man auf die Darstellungen des *allgemeinen und besonderen Schuldrechts* verwiesen“); SCHMIDHAUSER, Art. 4 N. 22 und Art. 7 N. 17; ZURKINDEN, S. 249 („im Normalfall [können solche Verhaltensweisen] nicht als *Missbrauch* angesehen werden [...], da das Wettbewerbsverhalten auf einem bestimmten Markt *zwangsläufig gegen die anderen Wettbewerber gerichtet ist*“).

¹⁸⁰ BORER, Art. 1 N. 4 f.; HOFFET, Art. 1 N. 16 und 29 f. Dabei ist es einerlei, „ob die Kartellgesetzgebung als Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit oder als eigenständige, horizontal wirkende Verfassungsgrundlage für die Schaffung einer Wettbewerbsordnung angesehen wird“ (BORER, Art. 1 N. 4). Näheres zur ersten Auffassung bei SCHÜRMANN, S. 17 ff. m.w.H., zur zweiten Auffassung bei RICHLI/MÜLLER/JAAG, S. 10 und 46 m.w.H. (in diesem Sinne wohl auch die Botschaft 1994, S. 7).

¹⁸¹ AMSTUTZ, S. 884, linke Spalte; AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, N. 145 ff. und 166 ff.; BORCHERT/GROSSEKETTLER, S. 272; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 27 in fine; SCHLUEP, Funktionalität, S. 157 und 172; SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht, S. 159.

¹⁸² Dazu und zum sog. *Intra-Enterprise-Competition* infra KAPITEL 5: D.I.3 (bei FN. 651).

¹⁸³ AMSTUTZ, S. 885, linke Spalte. Das Schutzgut des KG ist offensichtlich und vordergründig der *wirksame Wettbewerb*. Dieser setzt sich zusammen aus den Tätigkeiten der einzelnen Wettbewerber, deren Willen darauf ausgerichtet sind, sich gegenseitig auszustechen, woraus eine eigentliche *Rivalität* unter den Marktteilnehmern entsteht. Vgl. zum Ganzen auch BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 4 f.; ZÄCH/ZWEIFEL, S. 22 f. Vgl. schon in der FN. 175 (im speziellen zur Bedeutung des Willens für den Wettbewerb).

¹⁸⁴ BORER, S. 876, rechte Spalte; SCHLUEP, Funktionalität, S. 151; STOFFEL, S. 112, rechte Spalte. Zum Erlass einer Rahmenordnung vgl. auch Botschaft 1994, S. 32.

¹⁸⁵ NICOLAYSEN, S. 235, bezeichnet (im Zusammenhang mit dem deutschen GWB) den Wettbewerb als „*elementares Regulativ einer marktwirtschaftlichen Ordnung*“.

¹⁸⁶ Botschaft 1994, S. 5 f. („Aufgabe staatlicher Wettbewerbspolitik muss es sein, das *Funktionieren* von Marktprozessen und damit das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zu gewährleisten“), 35 und 49 („Ziel der Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse“); BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 3; BAUDENBACHER, Zur funktionalen Auslegung, S. 147 („funktionale Betrachtungsweise [orientiert sich] am Beitrag der Norm zur

Konsequenterweise ist das KG in diesem Sinne *funktional auszulegen*¹⁸⁷. Ausgelöst durch die Botschaft, die sich bei der Beurteilung des Vorhandenseins 'wirksamen Wettbewerbs' auf die zentralen Funktionen des Wettbewerbs beruft und damit *im Grunde* auf das sog. *Koordinationsmängelkonzept*¹⁸⁸ zurückgreift, ist all den getätigten Überlegungen gemeinsam, dass sie von *systemtheoretischem* Gedankengut getragen werden¹⁸⁹. Auch wenn sich die Botschaft eminent dagegen wehrt, das KG einem einzelnen wirtschaftspolitischen Leitbild zu verschreiben, so ragt diese Wirtschaftstheorie wenigstens als *richtungsweisende Tendenz* (nicht jedoch als integrales wettbewerbspolitisches Modell) heraus¹⁹⁰. Dadurch bleibt einerseits der Massstab 'wirksamer Wettbewerb' anderen wirtschaftspolitischen Leitbildern weiterhin „geschmeidig“¹⁹¹ und flexibel gegenüber. Andererseits ist es ein erster Schritt in Richtung Rechtssicherheit, wenn die den Massstab zu füllenden Wertungen zumindest im *Ansatz* voraussehbar werden.

Eine solche Auffassung des wirksamen Wettbewerbs ist aber noch nicht genügend **praktikabel**, um als Referenzmassstab im 'Einsatzgebiet' angewendet zu werden. So wird denn auch das eigentlich für die Praxis entwickelte Koordinationsmängelkonzept dahingehend gerügt, es sei zu sehr auf empirische Marktdaten angewiesen und darum lediglich bei *ex post* Marktuntersuchungen praktikabel¹⁹². Damit der Begriff des wirksamen Wettbewerbs auch für eine präventive Kontrolle *operabel* wird, bedarf er einer dauernden Bezugnahme zu den konkreten

Gestaltung der rechtlich anerkannten Wirtschaftsordnung“); BORER, Art. 1 N. 1; RICHLI/MÜLLER/JAAG, S. 46 f.; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 148; SCHLUEP, Funktionalität, S. 140, 158 f., 168 et passim. Nicht zuletzt deshalb muss sich das Kartellrecht im speziellen und das Wettbewerbsrecht im generellen der (*Fremd*-) Sprache ('Code', 'Modus') des (Sub-) Systems 'Wirtschaft' bemächtigen (dazu genauer AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, N. 125; BORER, Art. 1 N. 8: „die Kartellgesetzgebung ist in erster Linie ein von der Ökonomie geprägtes Rechtsinstrument“; RUFFNER, Wettbewerbstheorie, S. 6 ff.; SCHLUEP, Funktionalität, S. 151 ff. und 160; SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht, S. 158 f. und 161). Zum Marktverständnis im KG: HOFFET, Art. 5 N. 47; HOMBURGER, Art. 2 N. 39 m.w.H.

¹⁸⁷ AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, N. 216 (m.w.H. in seiner FN. 735); BAUDENBACHER, Zur funktionalen Auslegung, S. 147 ff.; RUFFNER, S. 25 ff.; SCHLUEP, Funktionalität, S. 173 ff.; ZÄCH, N. 80, der darauf hinweist, dass die Rechtsanwendung durch *wirtschaftspolitische Leitbilder insb. über die funktionale Auslegung* beeinflusst wird.

¹⁸⁸ Zu diesem ausführlich schon die Verweise in FN. 172.

¹⁸⁹ BORCHERT/GROSSEKETTLER, S. 272 (die erklären, dass sich mittels des Koordinationsmängelkonzepts Wettbewerbsprozesse als selbstregulierend erklären lassen. Letzteres ist zentrales Gedankengut des systemtheoretischen Ansatzes: dazu genauer AMSTUTZ, Konzernorganisationsrecht, N. 81, 86 ff., 163 ff. et passim; SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht, S. 149 ff.). **Explizit:** HOFFET, Art. 1 N. 47 m.w.H.; SCHIPS, S. 45 f.

¹⁹⁰ Der **Systemtheorie** kommt wettbewerbspolitisch aber nur betreffend der gezeigten Ansätze Aussagekraft zu. Mitunter darf die Bedeutung der Theorie nicht überschätzt werden. Folgendes ist diesbezüglich mitzunehmen: „Die Theorie des selbstreferentiellen Rechts [und schliesslich auch die dahinterliegende Systemtheorie] ist in ihrer inneren Schlüssigkeit trotz spekulativer Annahmen und trotz mitunter kaum mehr verständlicher Sprachspiele schon deshalb faszinierend, weil sie *intellektuelles Vergnügen* bringt. Sie ist für die Theorie des Wirtschaftsrechts *verwertbar*; denn sie macht *manches plausibel*, was bislang häufig als Deskription aufgezo-gen worden ist. Obendrein leistet sie einen wesentlichen Beitrag zum *Verständnis* der Schwierigkeiten wirtschaftsrechtlicher Dogmatik.“ (SCHLUEP, Selbstreferentielles Recht, S. 168 f.).

¹⁹¹ Botschaft 1994, S. 48.

¹⁹² Botschaft 1994, S. 43; RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 178 f., mit weiterer Kritik. Die von BORCHERT/GROSSEKETTLER, S. 272, vorgeschlagenen zeitlich beschränkten Parallelgruppenexperimente erscheinen nicht als eine realistische und zumutbare Lösung. Näheres zu *ex post* bzw. *ex ante* Kontrollen infra KAPITEL 2: B.I.

Sachverhalten und ihrem wirtschaftlichen Umfeld: Wo sich nicht direkt aus dem Koordinationsmängelkonzept *qualitative Kriterien* zur Beurteilung der Frage, ob die zentralen Funktionen des Wettbewerbs erhalten bleiben (Erhaltung funktionsfähiger Marktprozesse), herleiten lassen, gehen die Rechtsanwender indirekt über *vorwiegend quantitative Kriterien* (sog. *Anzeichen*) vor, die sich vermehrt nach den *den Wettbewerbsdruck verursachenden* Konkurrenten ausrichten¹⁹³. Dabei gehen die rechtsanwendenden Behörden grundsätzlich so vor, dass sie – nachdem der relevante Markt und eine Wettbewerbsbeschränkung überhaupt festgestellt und eine allfällige Bagatellschwelle (*Umsätze*: Art. 9 KG, *Spürbarkeit*: Art. 5 KG) überschritten ist – unter den aktuellen und – falls erforderlich – unter den potentiellen Konkurrenten einen *Verhaltens-* (Feststellung, ob Wettbewerb überhaupt besteht), *Struktur-* (Vorgehen insb. anhand von Marktanteilen bei aktuellen resp. Ein- oder Austrittsschranken bei potentiellen Wettbewerbern) bzw. *Erfolgstest* (Berücksichtigung von künftigen Änderungen, insb. bezüglich der genannten qualitativen Kriterien) vornehmen¹⁹⁴. Ein solches mehrheitlich auf quantitativen Kriterien beruhendes Vorgehen hat den Vorteil, eine bessere rechtliche Voraussehbarkeit zu gewähren (Rechtssicherheit), da diese Kriterien grundsätzlich genau bestimmt werden können¹⁹⁵. Weil die Strukturkontrolle präventiv ausgerichtet ist, nehmen bei dieser denn auch quantitative Beurteilungskriterien einen namhaften

¹⁹³ Botschaft 1994, S. 46 ff.; BORER, Art. 1 N. 19; EMMERICH, S. 175 ff.; IMMENGA, S. 866 ff.; VENTURI, S. 25 f. Zur Unterscheidung zwischen *qualitativen* und *quantitativen* Kriterien vgl. schon SCHLUEP, S. 220, SCHLUEP, Alleinvertriebsvertrag, S. 154 f. und SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, S. 84 (und so denn auch MEIER-SCHATZ, Überblick, S. 30). Dabei kann selbstverständlich nie völlig auf qualitative Beurteilungskriterien verzichtet werden: vgl. beispielhaft *TUI/KUONI*, RPW 2000/3, S. 399, N. 53; IMMENGA, S. 867, 870 und 872 f.; ZÄCH, N. 352 („relative Marktanteil“). Vgl. auch infra KAPITEL 5: D.IV.2.b.cc.

¹⁹⁴ Vgl. beispielhaft die Fälle: *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 27 ff. (insb. N. 101 ff.); *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220 ff., N. 41 ff. Zur Vertiefung ist auch der *Leitfaden des Sekretariats der Weko über die Prüfung von Wettbewerbsbeschränkungen und die Analyse der Marktstellung von Unternehmen* aus dem Jahre 1998 zu konsultieren. Zum konkreten Vorgehen am Beispiel der Fusionskontrolle vgl. HOFFET, S. 61 ff.; VENTURI, S. 25 ff.; ZÄCH, N. 461 ff.; ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 131 ff. Zu den einzelnen Tests vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, S. 84 f, der diese Tests zum wirksamen Wettbewerbsbegriff des KG'85 erarbeitete. Eine Weiterverwendung dieser Beurteilungstests schliesst die Botschaft 1994, S. 46 (und HOFFET, Art. 1 N. 47 in fine), explizit nicht aus. Dieser zufolge sind im Bestreben nach offenen Märkten v.a. den *Ein- und Austrittsbedingungen* eines Marktes grosse Aufmerksamkeit zu schenken (Botschaft 1994, S. 46). Übrigens gilt es zu beachten, dass es sich auch schon bei den aus dem Koordinationsmängelkonzept entspringenden Funktionstests teils um dynamisch konzipierte Ergebnistests und teils um dynamische Strukturtests handelt (RUFFNER, Kartellgesetzrevision, S. 178, in seiner FN. 56). Repräsentativ für solche Tests ist insb. der *Preisveränderungstest*, der sowohl bei der Marktabgrenzung als auch bei der eigentlichen Frage nach dem verbleibenden wirksamen Wettbewerb beigezogen wird. Der Test fragt danach, wie die Marktgegenseite reagieren würde, wenn Preise um einen nennenswerten Betrag gesteigert würden (vgl. näheres im weiter oben in dieser Fussnote bereits erwähnten *Leitfadens*, N. 15 und 90 ff.; Art. 12 Abs. 2 PüG; BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 122 f. m.w.H.). Nicht zu leugnen ist aber, dass auch diesen Tests eine gewisse empirische Grundlage entgegenkommt und sie glaubhafter erscheinen lässt.

Eine „alternative zur strukturellen Marktanalyse“ liefert VEIT, S. 1269 ff., die allerdings von RAASS, S. 360 ff. aus Sicht der Praxis als zu theoretisch degradiert wird.

Zur Einteilung der 'Spürbarkeit' in eine qualitative und eine quantitative Seite vgl. ZÄCH, N. 283 ff.

¹⁹⁵ IMMENGA, S. 869; VENTURI, S. 17; ZÄCH, N. 283; ZÄCH, Europarecht, S. 309. Dies ist auch vom Gedanken getragen, durch das neue KG einen Verhaltenskodex für Unternehmen zu schaffen: vgl. dazu bereits FN. 170.

Stellenwert ein¹⁹⁶. Dies zeigt sich insb. in Art. 9 KG (Umsatz) und Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU (Marktanteil). So kann beispielsweise von einem hohen Marktanteil grundsätzlich (aber nicht generell) auf eine bedeutende Wettbewerbsbeschränkung geschlossen werden¹⁹⁷.

II. Strukturkontrolle gegenüber Kartellkontrolle

Sowohl bei der Strukturkontrolle als auch bei der Kartellkontrolle wird der Beurteilungsmassstab primär über den Intensitätsgrad der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung (Zusammenschluss resp. Abrede) angegeben. Verschieden ist aber, dass sich die Strukturkontrolle dabei vordergründig an der durch die Beschränkung erreichten Marktstellung, die Kartellkontrolle demgegenüber direkt an den durch die Beschränkung bezweckten bzw. bewirkten Änderungen des Wettbewerbs orientiert. Bei letztgenannter Kontrolle lassen sich drei Arten von Wettbewerbsbeschränkungen feststellen: die *unerheblichen* (Bagatellen) und *erheblichen* Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sowie die Beschränkungen, welche den wirksamen Wettbewerb *beseitigen*¹⁹⁸. Um die Intensität der Massstäbe beider Kontrollen nun vergleichen zu können, ist es notwendig, einen gemeinsamen Nenner zu finden. Es bestehen die Möglichkeiten, entweder den Beurteilungsmassstab der Zusammenschlusskontrolle in die Beurteilungswerte der Kartellkontrolle umzusetzen, oder den Massstab der Kartellkontrolle in eine Skala von Marktstellungen einzuordnen¹⁹⁹. Da der Zuordnung von Abreden zu den einzelnen Marktpositionen keine weitere Bedeutung zukommt und diese ohnehin zu wenig erforscht ist, drängt sich ein Vorgehen nach der erstgenannten Variante auf. Will man die Intensität der beiden Kontrollen aufzeigen und vergleichen, um den strengerem Massstab (und *strenger* ist dieser dann, wenn die Rechtsfolgen prinzipiell bei *geringerer* Wettbewerbsbeschränkung eintreten) ausfindig zu machen, so muss bei der tiefstmöglichen Anwendungsschwelle des jeweiligen Beurteilungsmassstabs angesetzt werden. Darum ist bei der Kartellkontrolle bereits die *erhebliche Beeinträchtigung* vergleichsrelevanter Massstab und nicht erst die Beseitigung des (wirksamen) Wettbewerbs, wo zwar mittels eines Vermutungstatbestands streng eingegriffen wird, aber eben erst bei einer höheren Intensität der Beschränkung.

¹⁹⁶ DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 20; HOFFET, S. 62; MARBACH, S. 127; RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 836 (in seiner FN. 21); SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1391, linke Spalte; ZÄCH, N. 352 („In der Praxis kommt der Höhe des *Marktanteils* [und damit einem quantitativen Kriterium] grosse Bedeutung zu“) i.V.m. 462; a.M. ZURKINDEN, S. 264 (in seiner FN. 1257). Selbstverständlich kann aber auch hier nicht darauf verzichtet werden, einen solchen quantitativen Zahlenwert (Verhältnis der Markttätigkeit eines Unternehmens zu jener *aller* aktueller Marktteilnehmer) in eine weitere Relation zu setzen, nämlich in jene zu den Marktanteilen der *einzelnen* Marktteilnehmern (vgl. z.B. HOFFET, a.a.O.; RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 836 f.; ZÄCH, N. 352), wodurch dem quantitativen Kriterium eine immer stärkere (qualitative) Aussagekraft zukommt. Denn je öfter solche Zahlen ins Verhältnis zu marktrelevanten Umständen gesetzt werden können, desto eher entsprechen diese der Realität. Sodann sind ergänzend weitere Kriterien bei der Beurteilung einzubeziehen (vgl. die bereits aufgeführten Autoren); die Lehre spricht in diesem Zusammenhang auch von der *Gesamtprüfung* (SCHERRER, a.a.O.).

¹⁹⁷ VENTURI, S. 28.

¹⁹⁸ Botschaft 1994, S. 86 ff.

¹⁹⁹ Ein solche Skala findet sich beispielsweise bei ZÄCH, N. 459, und ZÄCH, Einzelfragen, S. 13.

Die Frage, wie nun genau die Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei der Zusammenschlusskontrolle im Vergleich zur erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung bei der Kartellkontrolle auf den Wettbewerb Einfluss nimmt, kann vorerst auch ohne Hinzunahme des umstrittenen Zusatzes in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG („durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“) beantwortet werden²⁰⁰. *Indirekten* Aufschluss über die Intensität beider Kontrollen bietet nämlich bereits ein Blick auf die jeweils verwendeten grundsätzlich **quantitativen** Beurteilungskriterien (Umsatz und Marktanteil) bei den sog. **Bagatellausschlüssen**, wo es um die Festlegung der Grenze von prinzipiell unerheblichen Einflüssen auf den Wettbewerb geht. So sind Unternehmenszusammenschlüsse gemäss Art. 9 KG prinzipiell dann *unbedenklich* (und darum nicht zu melden), wenn die daran beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem beabsichtigten Vorhaben einen weltweiten *Umsatz* von insgesamt 2 Milliarden Franken und in der Schweiz einen Umsatz von insgesamt 500 Millionen Franken bzw. (alternativ) mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von je 100 Millionen Franken *nicht erzielen* und somit den Wettbewerb *nicht spürbar* beeinflussen²⁰¹. Weiter sind Zusammenschlussvorhaben, bei welchen die eben genannten (Aufgreif-) Kriterien dennoch erfüllt sind und darum der Meldung unterliegen, solange unbedenklich (die Folge der Unbedenklichkeit ist beispielsweise dem Entscheid *Berner Oberland Medien AG* explizit zu entnehmen), wie die daran beteiligten Unternehmen auf Märkten, wo diese je alleine tätig sind, weniger als 30 Prozent und auf gemeinsamen Märkten zusammen weniger als 20 Prozent *Marktanteil* haben (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU)²⁰².

Demgegenüber finden sich bei der Kartellkontrolle keine solchen expliziten (gesetzlichen) Bagatellwerte, sondern lediglich die Voraussetzung der Erheblichkeit bzw. Spürbarkeit. Dies kann zweierlei bedeuten: Entweder kann damit gemeint sein, bei der Kartellkontrolle ist überhaupt keine klare, Rechtssicherheit stiftende – quantitative – Bagatellgrenze gezogen und darum **jede Wettbewerbsbeeinträchtigung direkt** der definitiven (vorwiegend *qualitativen* Erheblichkeits-) Beurteilung²⁰³

²⁰⁰ Was unter diesem Zusatz genau zu verstehen ist, wird beim anschliessenden Vergleich mit der Prüfung missbräuchlicher Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen behandelt: infra KAPITEL 2: A.III.

²⁰¹ Botschaft 1994, S. 111 f. spricht ausdrücklich von „spürbar“ und „Bagatellklausel“; a.M. DUCREY, Besondere Fragen, S. 920, linke Spalte (in seiner FN. 13), welcher den Umsatzzschwellen lediglich eine *formelle* Bedeutung im Zusammenhang mit der Meldepflicht eingesteht. In Bezug auf die materielle Beurteilung eines gemeldeten Zusammenschlusses will dieser keine „Bagatellklausel“ sehen. Eine solche Ansicht ist aber nicht nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass Zusammenschlüsse, die wegen zu geringen Umsätzen keiner Meldepflicht unterliegen, gerade nicht (materiell) beurteilt werden. Den Bagatellumsätzen kommt also auch erhebliche *materielle* Bedeutung zu. Des Weiteren sind auch die Marktanteilsschwellen in Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU als materiell erhebliche Bagatellschwellen anzusehen (dazu sogleich bei FN. 202). Konsequenterweise garantieren die Schwellenwerte „eine grössere *Rechtssicherheit* für die Unternehmen, die somit leicht feststellen können, ob sie der schweizerischen Kontrolle unterliegen“ (VENTURI, S. 7).

²⁰² *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 77; *Batigroup Holding AG*, RPW 1997/2, S. 202 ff., N. 17; DUCREY, S. 147. Vgl. ergänzend auch die erläuternden Überlegungen (ohne Gesetzeskraft) im *Meldeformular für Zusammenschlussvorhaben*, RPW 1998/3, S. 507 ff. (v.a. S. 515 f.) und die entsprechenden Marktanteilstwerte in der EU, abgedruckt bei IMMENGA, S. 870 f. Vgl. auch Kommentar zum E-VKU, S. 8.

²⁰³ Zur *Anwendung* der so verstandenen *Erheblichkeitsbeurteilung* vgl. z.B.: *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220, N. 78 i.V.m. 58 ff. (Hier wird insb. klar, dass es sich bei der Frage nach der *Erheblichkeitsprüfung* eigentlich

unterstellt, oder dann, dass in Anlehnung an das EG-Recht eine genau definierte quantitative **De-minimis-Schwelle** nach Umsatz und/oder Marktanteil durch die Weko festzulegen ist. **Beide Ansichten** werden im Schrifttum vertreten²⁰⁴. Für die hier bedeutenden Zwecke spielt es keine Rolle, für welche der beiden Meinungen man sich entscheidet:

Folgt man letzterer Auffassung, kann zur besseren Veranschaulichung auf die Zahlen der EU zurückgegriffen werden, denn eine *umfassende* Verordnung bzw. Bekanntmachung zur Erläuterung von Bagatellen sucht man in der Schweiz bis heute (noch) vergebens. Immerhin ist aber die neue schweizerische Bekanntmachung über die vertikalen Abreden zu erwähnen²⁰⁵. Das Abstützen auf die Daten der EU ist darum nicht problematisch, da sich die beiden Rechtsordnungen in diesem Bereich stark gleichen²⁰⁶ und es an dieser Stelle bloss darum geht, aufzuzeigen, welche grundsätzlichen Wertungsgedanken hinter der Kartell- resp. Strukturkontrolle liegen. In den entsprechenden EG-rechtlichen Bekanntmachungen ist v.a. die verwendete Prozentzahl für den **Marktanteil** von Interesse und weniger der Umsatz, denn die in absoluten Werten angegebene Umsatzzahl berücksichtigt nicht die gewaltigen (räumlichen) Grössenunterschiede zwischen der EU und der Schweiz und ist darum für eine bessere Veranschaulichung weniger geeignet²⁰⁷. Wie in den vorherigen so wird auch in der neusten Bagatellbekanntmachung der EU die (tiefstmögliche) Bagatellschwelle bereits bei 5 Prozent angesetzt²⁰⁸. Zwar ist es richtig, dass die 5 Prozentgrenze je länger desto stärker aufgeweicht, d.h. für einzelne Fälle angehoben wird und eigentlich gar keinen unbestreitbaren Wert, sondern nur einen besseren Orientierungspunkt für betroffene Unternehmen darstellt²⁰⁹. Dem kann aber

schon um die definitive Beurteilung der jeweiligen Abrede selber handelt); *Service- und Reparaturleistungen*, RPW 1998/3, S. 382 ff., N. 52; SWICA, RPW 1998/1, S. 32, N. 11; BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 11 („Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich danach, ob die marktbezogene Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen nicht bloss geringfügig eingeschränkt wird“); BORER, S. 879 f. (v.a. in seiner FN. 28, wo dieser zugleich den Verweis der Botschaft 1994, S. 87, auf das alte Recht hinterfragt); STOFFEL, S. 113, rechte Spalte; STÖCKLI, N. 474 f.; ZÄCH, N. 284; ZURKINDEN, S. 211 f.

²⁰⁴ Die erste Ansicht wird u.a. vertreten von BORER, S. 879, in seiner FN. 18 („das Aufgreifen einer Wettbewerbsabrede grundsätzlich nicht durch einen Grenzwert bestimmt wird“); STOFFEL, S. 113, rechte Spalte; STÖCKLI, N. 479 (aber *nur* für *harte Kartelle*); ZURKINDEN, S. 211f.

Die zweite Ansicht wird beispielsweise vertreten von BAUDENBACHER, Gilt es ernst mit der Kartellbekämpfung?, S. 23, Spalte 2; BAUDENBACHER, S. 1373, rechte Spalte; HOFFET, Art. 5 N. 67 m.w.H.; MEIER-SCHATZ, Überblick, S. 36 f. m.w.H.; MEIER-SCHATZ, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 817, linke Spalte („Klare Erheblichkeitsschwellen stünden denn auch im Einklang mit den im neuen Kartellgesetz angestrebten Zielen vermehrter Rechtssicherheit und Effizienz“); STÖCKLI, N. 480 (aber *nur* für *weiche Kartelle*); VONBÜREN, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 16 f.; ZÄCH, N. 283. Im übrigen entspricht die Forderung nach genau definierten Grenzwerten der bundesrätlichen Absicht, einen Verhaltenskodex für Unternehmen zu erstellen (FN. 170).

²⁰⁵ Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, RPW 2002/2, S. 404 ff.

²⁰⁶ BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 18.

²⁰⁷ Ohnehin wird seit der letzten Bagatellbekanntmachung keine Umsatzschwelle mehr verlangt (so aber noch in der Bagatellbekanntmachung, ABl 1986 C 231/2: 200 Mio. ECU, geändert durch ABl 1994 C 368/20: 300 Mio. ECU).

²⁰⁸ Vgl. die Bagatellbekanntmachung, ABl 2001 C 368/7, N. 8, ABl 1997 C 372/13, N. 9 und ABl 1986 C 231/2, N. 7.

²⁰⁹ EMMERICH, S. 174 ff. (insb. S. 176 f.). Als Orientierungspunkt für Unternehmen ist der Grenzwert aber allemal im Sinne des durch die letzte Revision in der Schweiz verfolgten Ziels, einen Verhaltenskodex für

entgegengehalten werden, dass für den hier angestrebten Wertungsvergleich der beiden Kontrollen, wie gezeigt, bereits der tiefste Schwellenwert genügt, weshalb mit diesem die Gegenüberstellung repräsentativ vorgenommen werden kann (zudem wird die Anhebung in der Lehre energisch kritisiert)²¹⁰. Vergleicht man nun diesen Intensitätsgrad von 5 Prozent Marktanteil mit demjenigen der Strukturkontrolle, so kann dank dem gemeinsamen Nenner 'Bagatellmarktanteil' die *Kartellkontrolle als klar strenger* deklariert werden. Denn bei dieser Kontrolle (immer unter dem Vorbehalt, dass die Wertung hinter der EG-rechtlichen Bagatellbekanntmachung der schweizerischen Rechtsordnung grundsätzlich nicht fremd ist) reicht eine *geringere* Marktanteilsschwelle aus, um die entsprechende Wettbewerbsbeschränkung – also eine Abrede – zu erfassen. Bei der Strukturkontrolle werden Zusammenschlüsse frühestens ab einem Marktanteil von 20 Prozent *relevant*. Dasselbe gilt auch, wenn man mit dem schweizerischen Bagatellwert bei vertikalen Abreden (10 Prozent)²¹¹ operiert. *Folgerichtig* werden Zusammenschlüsse in der Praxis auch noch bei sehr hohen Marktanteilen als unbedenklich *beurteilt*²¹².

Zum gleichen Schluss gelangt man, wenn die Ansicht geteilt wird, bei der Kartellkontrolle sei das Aufgreifen einer Abrede **nicht durch einen Grenzwert** bestimmt. In diesem Fall sinkt die – bloss imaginäre – Bagatellschwelle auf *null*. Es gelten dieselben Überlegungen, wie sie bei der vorher behandelten Auffassung angestellt wurden, um so stärker, als bei dieser Meinung eine noch *geringere* Schwelle (nämlich gar keine) vorhanden ist. Im Gegensatz zur Strukturkontrolle können also noch so tiefe Marktanteilswerte aufgegriffen werden, womit auch nach dieser Ansicht der Beurteilungsmassstab bei der Kartellkontrolle *strenger* erscheint als bei der Strukturkontrolle²¹³. Folge einer solchen Betrachtung ist es, dass potentiell *alle* Wettbewerbsabreden – unabhängig von ihrer Marktanteilsintensität – von der Kartellkontrolle erfasst werden können²¹⁴. Dass ein solches Verständnis einem angestrebten Verhaltenskodex für Unternehmen nicht förderlich ist, liegt auf der Hand: Es besteht ein Zustand der Rechtsunsicherheit über bereits geschlossene Vereinbarungen²¹⁵. Selbst Beteiligte an klar unbedeutenden Abreden können sich (bei erfolgreicher Teilrevision des KG um so mehr)²¹⁶ dazu veranlasst sehen, sich sicherheitshalber bei den Wettbewerbsbehörden über die entsprechende Zulässigkeit zu informieren, was wiederum einen faktischen, mitunter auch überflüssigen

Unternehmen zu schaffen. Die Werte der europäischen Bagatellbekanntmachung sind insb. nicht mit jenen (höheren) Werten der Gruppenfreistellungsverordnungen zu verwechseln (so bei SENN/DUCREY, S. 27, linke Spalte).

²¹⁰ EMMERICH, S. 176 und 268 f.

²¹¹ Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, RPW 2002/2, S 404 ff., Ziff. 4 Abs. 1.

²¹² Die Unbedenklichkeit solcher teils enorm hoher Werte der (quantitativen) Marktanteile bei der finalen Beurteilung wird besonders durch *qualitative* Beurteilungskriterien – insb. durch die Berücksichtigung potentieller Wettbewerber (zur Gesamtprüfung vgl. schon in FN. 196) – begünstigt, wie z.B. im Fall *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 104 i.V.m. 137, wo ein Marktanteil von ca. 67% als unbedenklich erklärt wurde, oder im Fall *Siemens/Elektrowatt*, RPW 1997/4, S. 540 ff., N. 21 i.V.m. 84, wo ein Marktanteil von bis zu 95% als unbedenklich beurteilt wurde.

²¹³ BORER, S. 879 (in seiner FN. 18); STÖCKLI, N. 595 (in seiner FN. 418).

²¹⁴ So HOFFET, Art. 5 N. 67, kritisch zu STOFFEL.

²¹⁵ Sinngemäss BAUDENBACHER, Gilt es ernst mit der Kartellbekämpfung?, S. 23, Spalte 2.

²¹⁶ Dazu genauer bei FN. 268.

Mehraufwand v.a. für das Sekretariat der Weko bedeutet: Anstatt sich nur auf die wesentlichen und problematischen Fälle zu konzentrieren, wird die Behörde mit unbedenklichen Vorhaben überlastet²¹⁷. Der administrative Aufwand der Unternehmen sowie der Verwaltung wird folglich unnötig strapaziert²¹⁸. Zu bemerken ist weiter, dass ein solches Verständnis die negativen Attribute (wie 'heimtückisch' oder 'unsicher')²¹⁹ des Missbrauchsprinzips untermauert²²⁰. Aus diesen Gründen erscheint es ratsamer, dem Appell der anderen Lehrmeinung zu folgen, diesbezüglich eine umfassende Bagatellbekanntmachung resp. -verordnung zu erlassen. Teilweise wenigstens scheint die Weko nun diesem Aufruf – durch den Erlass der Bekanntmachung über vertikale Abreden – nachzukommen und bestätigt somit z.T. die erste der beiden Auffassungen²²¹.

Zu den in Art. 9 KG verlangten absoluten *Umsatzwerten* kann immerhin soviel gesagt werden, dass diese *ausgesprochen hoch angelegt* sind, wenn man bedenkt, dass sie den in der viel grösseren EU verwendeten Grenzwerten (Art. 1 FKVO) zumindest nahe stehen und denjenigen von grossen Nationen gleichen und teils sogar höher angelegt sind²²². Auch wenn sich daraus mangels direktem Bezug zur Kartellkontrolle keine klaren Schlüsse über die unmittelbaren Unterschiede beider Kontrollen ziehen lassen, können zumindest die umsatzbezogenen Aufgreifkriterien bei der Strukturkontrolle als *ausserordentlich grosszügig* charakterisiert werden. Dies äussert sich darin, dass die Zusammenschlusskontrolle nur Wettbewerbsbeschränkungen von erheblicher Grösse erfasst. Wird die soeben gezeigte Auffassung, dass ein Aufgreifen von Abreden nicht durch Grenzwerte bestimmt wird, trotz der erhobenen Zweifel vertreten, so kann auf der Ebene der Umsatzwerte ein Vergleich zwischen den beiden Kontrollarten durchgeführt werden: In diesem Fall sinkt die Bagatellschwelle der Kartellkontrolle wiederum auf null, weshalb derselbe Schluss (einer strengeren Kartellkontrolle) ein weiteres Mal bestätigt wird.

²¹⁷ Vgl. entsprechende Verhältnisse im europäischen Kartellrecht: *Weit reichende Kartellrechtsreform der EU – Kommission legt ehrgeizigen Entwurf vor*, in: NZZ vom 28. September 2000 (226), S. 21 linke Spalte: „Obwohl bereits jetzt keine Verpflichtung zur Anmeldung von Vereinbarungen besteht, werden pro Jahr rund 200 solche Verträge in Brüssel notifiziert, **weil die Unternehmen Rechtssicherheit anstreben**. Dabei geht es aber fast immer um unproblematische Abkommen, so dass das System den Unternehmen und den Wettbewerbshütern vor allem bürokratischen Aufwand beschert“.

²¹⁸ Analoge Überlegungen zu den Umsatzschwellen der Strukturkontrolle finden sich in der Botschaft 1994, S. 55; STÖCKLI, N. 477.

²¹⁹ So beispielsweise bei BORER, Art. 5 N. 5.

²²⁰ Andererseits ist in Erwägung zu ziehen, ob ein solches Verständnis nicht dem das schweizerische Kartellrecht prägenden Missbrauchsprinzip grundsätzlich zuwiderläuft. Ist so doch jede Wettbewerbsabrede (wenigstens potentiell) durch die Kartellkontrolle bedroht (vgl. schon bei FN. 214).

²²¹ Bekanntmachung vom 18. Februar 2002 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, RPW 2002/2, S 404 ff., Ziff. 4 Abs. 1.

²²² Die Werte gleichen beispielsweise jenen von grösseren Volkswirtschaften wie Deutschland (§ 35 GWB, aber auch diese Werte werden vom KG noch [mit Leichtigkeit] übertroffen) und Frankreich, während vergleichbare Länder wie Kanada, Schweden oder Belgien um ein Vielfaches tiefere Schwellenwerte kennen: Botschaft 1994, S. 112; DÄHLER, S. 27, linke Spalte. Näheres zu den EU Werten findet sich im *Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte*, (http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/thresholds_app_de.pdf) [Stand: Juni 2000, besucht am 20. August 2000] 28. Juni 2000 KOM(2000) 399 endg., gemäss Art. 1 Abs. 4 FKVO.

Die Bagatellwerte lösen die jeweiligen Rechtsfolgen der Kontrollen nicht direkt aus und sind nur *Anzeichen* dafür, dass Wettbewerb – sofern die Schwellen nicht überschritten werden – noch in genügendem Masse vorhanden ist. Dennoch sind Bagatellwerte verschiedener Kontrollarten geeignet, durch deren gegenseitigen Vergleich die dahinterliegenden *Wertungsunterschiede* im jeweiligen Beurteilungsmassstab, die dem Gesetzgeber vorschwebten, genügend klar aufzuzeigen, da die Bagatellschwellen eine Art primäres (Aufgreif-) Kriterium (mit der Besonderheit, dass bei der Kartellkontrolle im Gegensatz zur Strukturkontrolle keine Meldepflicht ausgelöst wird) als Vorstufe der jeweils definitiven Beurteilung darstellen und darum denselben Wertungen unterliegen: Markteinflüsse vom gleichen Intensitätsgrad werden je nachdem, ob diese mittels Abrede oder Zusammenschluss zustande gekommen sind, von den Kontrollen unterschiedlich aufgegriffen und darum auch bei der definitiven Beurteilung entsprechend anders gewertet²²³. Die Beschränkung des Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse ist für das Kartellrecht im Vergleich zu jener durch Abreden erst ab einem relativ hohen Intensitätsgrad von Interesse, worauf (schon) die Bagatellwertunterschiede schliessen lassen. Deshalb kann gesagt werden, mit der Wendung der *Begründung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Position* werde grundsätzlich eine stärkere Wettbewerbsbeschränkung als bei der *erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung* verlangt, um die jeweilige – aus Sicht der Betroffenen: negative – Rechtsfolge eintreten zu lassen. An dieser Feststellung ändert auch der Umstand nichts, dass die Marktmacht von Kartellen prinzipiell den Grad einer marktbeherrschenden Stellung erreichen kann²²⁴. Damit wird zwar gezeigt, dass solche Marktpositionen von der Kartellkontrolle auch erfasst werden können. Daraus lässt sich aber nicht herleiten, es handle sich bei einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung stets auch um eine marktbeherrschende Position.

Hinzuzufügen ist, dass ein solcher, vorwiegend auf quantitative Werte gestützter Schluss nicht schon durch das Argument der teils erheblichen *Relativierung* der Werte mittels einer *ergänzenden qualitativen Betrachtung* umgestossen werden kann; denn die qualitative Betrachtung ist in erhöhter Weise von jeweils spezifischen Einzelfallumständen abhängig, weshalb eine Relativierung äusserst situationsabhängig und somit 'launisch' einsetzt, wogegen die gezeigte Grundwertung hinter den Beurteilungsmassstäben konstant bleibt²²⁵. Entsprechendes gilt für die Kritik, dass bei der Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung dem Marktanteil, als einem statischen Kriterium, zu starke Bedeutung beigemessen werde und vermehrt das dynamische Kriterium der Marktanteils*veränderung* entscheidend sein solle²²⁶. Dieser

²²³ In diesem Sinne argumentiert auch BORER, Kooperationen, S. 879 (in seiner FN. 18).

²²⁴ BORER, Art. 4 N. 22; BORER, Marktbeherrschende Unternehmen, S. 39, der sich konsequenterweise dafür ausspricht, Fälle, wo „die Marktmacht aller an der Abrede beteiligten Unternehmen die Form der *Marktbeherrschung* annimmt“, direkt unter Art. 5 KG zu behandeln bzw. zu „entschärfen“ („Ursachentherapie“) und somit die Anwendung von Art. 7 KG zu vermeiden („Symptomtherapie“). Dazu auch LOHSE, S. 50: „Darüberhinaus führen auch Kartelle zugegebenermassen zu Marktmacht“.

²²⁵ Zur Relativierung der absoluten Zahlen im Einzelfall vgl. beispielhaft DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 20 ff.; SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1391, rechte Spalte; WATTER/LEHMANN, S. 870 f. m.w.H.; WOHLMANN, S. 23, rechte Spalte (mit veranschaulichenden Beispielen). Vgl. auch FN 196 und 212.

²²⁶ ZÄCH, N. 462 in fine. Immerhin wird der Marktanteilsveränderung (Veränderungserheblichkeit) in der Praxis zumindest teilweise Rechnung getragen. Vgl. zur Kartellkontrolle den Fall *Fachhandel für Produkte*

Kritikpunkt, der zwar das Kriterium des Marktanteils direkt angreift und dem im Grunde zuzustimmen ist, vermag nicht die gezeigten Wertungsunterschiede hinter den fassbaren Marktanteilen zu beeinflussen. Vielmehr wird sich bei entsprechender Gesetzesanwendung im Verlaufe der Zeit der Wertungsunterschied auch bezüglich der Marktanteilsveränderungen zeigen müssen.

Bis anhin wurde der Vergleich zwischen der Struktur- und der Kartellkontrolle unter Ausschluss des *Zusatzes* von **Art. 10 Abs. 2 lit. a KG** vorgenommen. Zu ergänzen ist die hier vorgenommene Gegenüberstellung deshalb durch einen Verweis auf den *folgenden Abschnitt (III)*, wo eben dieser umstrittene Zusatz thematisiert wird. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sind auf diesen Abschnitt (II) *mutatis mutandis* übertragbar²²⁷.

In diesem Sinne ist als letztes Unterscheidungsmerkmal der beiden Kontrollen – das auf verschiedene Beurteilungsmassstäbe hindeutet und deshalb in das bereits erworbene Wertungsbild hineinpasst – die sog. *Gesamtmarktbetrachtung*²²⁸ zu erwähnen, die in **Art. 10 Abs. 2 lit. b KG** explizit verankert ist. Denn betrachtet man den umstrittenen Zusatz in derselben Bestimmung unter Buchstabe a i.V.m. der Gesamtmarktbetrachtung, so fällt auf, dass die Strukturkontrolle selbst bei einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs noch die Möglichkeit einer Rechtfertigung vorsieht, nämlich dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung die Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt verbessert²²⁹. Demgegenüber schliesst die Kartellkontrolle im Falle der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Rechtfertigungsmöglichkeit aus (Art. 5 Abs. 2 lit. b. KG). Durch dieses

des Ärztebedarfs, RPW 1997/4, S. 452 ff., N. 33 („Dazu ist [...] ein Vergleich zur Situation vor der Abrede vorzunehmen“). Vgl. zur Strukturkontrolle die Fälle *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220 ff., N. 62 („nennenswerte Veränderung“); *Siemens/Elektrowatt*, RPW 1997/4, S. 541, N. 21 i.V.m. 82 („die Marktanteilsaddition ist gering“). Vgl. auch die Überlegungen bei SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1392, linke Spalte („Eine weitere noch offene Frage ist, ob [...] eine unwesentliche Zunahme des Marktanteils (um z.B. 2%) nicht als Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen ist“). Im übrigen gewährleistet (im Regelfall) das Umsatzkriterium in Art. 9 Abs. 1 lit. b KG indirekt, dass bei an Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen mit solch hohen Umsätzen je auch mit entsprechend grösseren Marktanteilen gerechnet werden kann. Dieses Kriterium stellt somit gleichzeitig eine Veränderungserheblichkeitsschwelle dar. Zum EG-Recht vgl. BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 124; IMMENGA, S. 871.

²²⁷ Vgl. beispielsweise BORER, S. 879, in seiner FN. 18, der in seinem direkten Vergleich mit dem Zusatz von Art. 10 Abs. 2 lit. a KG und dem Eingreiffkriterium bei der Kartellkontrolle festhält, dass das Eingreiffkriterium der Strukturkontrolle „wesentlich höher angesetzt“ ist als bei Art. 5 KG, wo „ein Eingreifen bereits möglich ist, wenn die erhebliche Behinderung nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann“.

²²⁸ Terminus entsprechend Botschaftstext, Botschaft 1994, S. 118.

²²⁹ ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 151 (insb. in seiner FN. 283), will in diesem Zusammenhang nicht von *Rechtfertigung* sprechen (tut dies aber inkonsequenterweise dennoch in seiner Dissertationsschrift [ZURKINDEN, S. 264]) und behaltet sich diesen Ausdruck ausschliesslich im Verständnis des Art. 5 KG vor. Eine so enge Begriffsfassung ist weder nachvollziehbar noch begründet und kann Anlass zu Missverständnissen geben. So verwenden denn einige Autoren den Ausdruck auch bei der Strukturkontrolle (z.B. DÄHLER, S. 28 linke Spalte; MARBACH, S. 128; STÖCKLI, N. 591). Jedenfalls sieht Art. 10 Abs. 2 lit. b KG ein zusätzliches (negatives) Tatbestandsmerkmal vor, das für die Bejahung einer Eingriffskompetenz der Weko vorliegen muss. Es kommt nicht darauf an, wie man dieses nun bezeichnen will, solange (wohl auch von ZURKINDEN unbestritten) klar ist, dass das Tatbestandsmerkmal insb. im Falle einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zum Zuge kommt. Im übrigen ist ein solches (Rechtfertigungs-) Motiv dem Gemeinschaftsrecht fremd (VENTURI, S. 29).

Unterscheidungsmerkmal wird letztlich die Wertung eines grosszügigeren Charakters beim Beurteilungsmassstab der Strukturkontrolle gegenüber demjenigen der Kartellkontrolle bekräftigt²³⁰.

III. Strukturkontrolle gegenüber der Prüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

Auch bei dieser Unterscheidung kann festgehalten werden, dass beide Kontrollen ihren Beurteilungsmassstab wiederum primär über den Intensitätsgrad der jeweiligen Wettbewerbsbeschränkung (Zusammenschluss resp. Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen) angeben. Die hier neu herangezogene Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen orientiert sich dabei einerseits – wie schon die Kartellkontrolle – direkt an den Auswirkungen der Beschränkung auf den Wettbewerb, andererseits aber auch am Kriterium der Marktbeherrschung selber (Art. 7 Abs. 1 KG). Unter Zuhilfenahme des sog. Zusatzes bei der Strukturkontrolle in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG, wo der kritische Intensitätsgrad eines Zusammenschlusses ebenfalls durch die Auswirkungen auf den Wettbewerb umschrieben wird, kann für die hier angestrebte Gegenüberstellung der **gemeinsame Nenner** in eben diesen *Auswirkungen auf den Wettbewerb und in der Marktstellung* selber gesehen werden.

Vergleicht man die jeweils verlangten **Marktstellungen**²³¹ miteinander, fällt auf, dass beide Kontrollen vom *Wortlaut* her von derselben Intensität, nämlich jener der **Marktbeherrschung**, ausgehen. Die Bedeutung der Wendung 'marktbeherrschende Stellung' bei der Strukturkontrolle bestimmt sich dort auch über den erwähnten *Zusatz*. Letzterer ist zentraler Gegenstand folgender Ausführung. Denn je nachdem, wie dieser verstanden wird, kann bereits anhand der Marktstellungen gezeigt werden, welcher der Beurteilungsmassstäbe strenger ist als der andere.

Was das Verständnis des Zusatzes anbelangt, herrscht nun aber dogmatische Uneinigkeit. Im Anschluss werden hierzu lediglich die beiden zurzeit geläufigsten Lehrmeinungen abgehandelt²³². Beide sehen im umstrittenen Zusatz eine

²³⁰ STÖCKLI, N. 595.

²³¹ Zu den unterschiedlichen Intensitätsgraden von Marktstellungen vgl. schon die Verweise in FN. 199. Speziell zur (anderen) Bedeutung der sog. *Marktmacht* gemäss Art. 2 Abs. 1 KG im Verhältnis zur *Marktbeherrschung* vgl. z.B. Botschaft 1994, S. 80 f.; BORER, Art. 2 N. 14 („Rein terminologisch betrachtet handelt es sich bei der marktbeherrschenden Stellung um eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht“); DROLSHAMMER, S. 33; SCHMIDHAUSER, Art. 7 N. 18; ZURKINDEN, S. 241 (in seiner FN. 1156).

²³² Seit neustem wird insb. von VONBALLMOOS, S. 295 ff. (in dieselbe Richtung fragend VONBÜREN/KINDLER, N. 106), vertreten, dass die marktbeherrschende Stellung im KG durchgehend gleichbedeutend ist, auch was das zeitliche Element (näheres dazu bei FN. 236) betrifft. Demnach ist der Zusatz *in keiner Weise qualifizierend*, statt dessen bloss beschreibend, ohne eigenständige analytische Bedeutung, zu verstehen. Daneben kann der Zusatz auch als Grundlage zur Berücksichtigung einer *Marktanteilsveränderung* (Veränderungserheblichkeit) verstanden werden, ähnlich wie teils in der Lehre zum Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO vertreten wird (BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 124 m.w.H.). M.E. kommt ein solches Verständnis im KG weniger in Frage, da Art. 10 KG gegenüber den entsprechenden Bestimmungen in der FKVO nicht explizit von einer 'Erheblichkeit' der Beschränkung spricht. Zu überlegen ist auch, ob der Zusatz nicht alternativ in dem Sinne zu interpretieren wäre, dass dieser ein Eingreifen durch die Strukturkontrolle *ausschliesst*, falls (noch) gar keine (auch noch nicht potentielle [Denn

Qualifizierung der marktbeherrschenden Stellung. Dabei basieren aber, der einen Lehre zufolge, die Marktbeherrschungsgrade beider Kontrollen auf der Legaldefinition von **Art. 4 Abs. 2 KG**, womit die Intensitäten beider vorausgesetzten Marktstellungen primär als identisch aufgefasst werden: Eine jede marktbeherrschende Stellung impliziert (statisch betrachtet) bereits, dass wirksamer Wettbewerb beseitigt wird²³³.

solange Unternehmen die zu erbringenden neuen Produkt- resp. Leistungsmerkmale, sog. 'Benchmarks', eines anderen Unternehmens nicht kennen, können diese einem *realistischen* Verständnis folgend noch nicht als potentielle Konkurrenten gewertet werden. Dieser Gedanke entspricht auch dem *Leitfaden des Sekretariats der Weko* in FN. 194, N. 43. Alles andere muss als Anmassung von Wissen abgelehnt werden.) Wettbewerber vorhanden sind (und somit auch keine Wettbewerbsbeseitigung geschweige denn Wettbewerbsbeeinträchtigung stattfinden kann), also in den Fällen, wo *auf völlig neue Märkte expandiert* wird bzw. wo ein Unternehmen schon vorweg ein *faktisches Monopol* innehat (**gegenwartsorientierte Auslegung**). Denn eine zukunftsorientierte Auslegung, wie sie ein Grossteil der Lehre vertritt (FN. 236), ist einem effizienten Kartellrechtsverständnis bereits immanent und müsste nicht ausdrücklich im hier diskutierten Zusatz erwähnt werden. Zudem gebietet bereits derselbe Artikel in seinem vierten Absatz („Bei der Beurteilung [...] berücksichtigt die Wettbewerbskommission auch die *Marktentwicklung*“), genauso wie die zwingend erforderliche Prüfung der *potentiellen Konkurrenz* (IMMENG, S. 828; VONBALLMOOS, S. 301, linke Spalte), die Beachtung der zukünftigen Entwicklung, weshalb auch aus diesem Grund eine Wiederholung (sogar in demselben Artikel!) zumindest als fragwürdig erscheint (so aber z.B. DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 26 ff. i.V.m. 37 f. Ähnlich wie hier argumentierend ZURKINDEN, S. 260; ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 120). Demgegenüber würde sich die hier gezeigte Alternativauslegung für Unternehmen, die sich innovativ betätigen und auf der Suche nach neuen Märkten sind, positiv auswirken, insb. die Rechtssicherheit und Transparenz für solche erwünschten Unterfangen erhöhen. Schliesslich würde dadurch die Wirtschaft an sich gefördert. Auch wäre so zumindest gesichert, dass betroffene (neue) Produkte resp. Leistungen *überhaupt* angeboten und Nachfrager vorzeitig befriedigt werden könnten. Zudem würde eine solche gegenwartsorientierte Interpretation gegenüber der Kartellkontrolle zu einem einheitlichen (zeitlichen) Verständnis des wirksamen Wettbewerbs beitragen und z.T. das Gewicht bezüglich solcher Fälle weg von unsicheren zukunftsgerichteten (und allzu oft *unrealistischen*) Hypothesen (auf welche aber, wie bereits gesehen, wegen dem Kriterium der Marktentwicklung in Art. 10 Abs. 4 KG und der Prüfung der potentiellen Konkurrenz im erforderlichen Umfang weiterhin nicht verzichtet werden müsste) verlagern. Denn sollten „die beteiligten Unternehmen [...] diese vorübergehende Monopolstellung zum Aufbau von Marktschranken missbrauchen wollen, wird die Wettbewerbskommission in Anwendung von **Art. 7 KG** in der Lage sein, dieses missbräuchliche Verhalten zu verhindern und die drohenden Marktzutrittsschranken zu beseitigen“ (*Swisskey AG*, RPW 1998/2, S. 252 ff., N. 66). In diesem Sinne könnte der Zusatz in Art. 10 KG auch heissen: „durch die *bestehender* wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann“.

²³³ Botschaft 1994, S. 47 und 117; BORER, Art. 10 N. 13; DÄHLER, S. 28, linke Spalte; DROLSHAMMER, S. 101; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 26 ff.; VONBALLMOOS, S. 297 (der aber des Weiteren – im Gegensatz zu den restlichen Autoren – überhaupt keine Qualifizierung der marktbeherrschenden Stellung bei der Strukturkontrolle vorsieht: vgl. schon FN. 232); WATTER/LEHMANN, S. 869; ZURKINDEN, S. 242 und 263. Eine für schweizerische Verhältnisse *eigenartige* Stellung nimmt NORDMANN, S. 227 ff. (unklar, ob auch MARBACH, S. 128, dies so versteht), ein: Dieser stützt zwar die marktbeherrschende Stellung auch auf den Art. 4 Abs. 2 KG, verlangt aber im Anschluss, dass wirksamer Wettbewerb zusätzlich beseitigt werden muss. Er versteht somit die jeweiligen Marktbeherrschungsgrade der beiden Kontrollen als gleichwertig, jedoch ohne dass diese bereits die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs implizieren. Diese Ansicht ähnelt jener in der EU, wo beispielsweise von RITTER/BRAUN/RAWLINSON, S. 458 f., vertreten wird, dass die beiden Kontrollen von derselben marktbeherrschenden Position ausgehen und der zu einer solchen Position führende Vorgang mit der Strukturkontrolle grundsätzlich vereinbar ist, „if [the transaction] does not, despite the dominant position, result in significantly impeding effective competition“. Ein derartiges Verständnis ist darauf zurückzuführen, dass diese EU-Autoren (entsprechend des Verweises in ihrer FN. 197 [a.a.O.] auf den Fall *Mannesmann/Vallourec/Ilva*, IV/M.315, 31. Januar 1994, ABl 1994 L 102/15, N. 131 ff.) schon dann von einer marktbeherrschenden Stellung sprechen, wenn bereits die aktuelle Wettbewerbslage auf eine dominante Position hinweist, währenddessen nur die weitere Prüfung der potentiellen Konkurrenten darüber Auskunft geben kann, ob das Kriterium des (hier gemeinschaftsrechtlichen) Zusatzes erfüllt ist. Da wohl aber unbestritten ist, dass eine Beurteilung der aktuellen Wettbewerber nicht alleine für sich ausreicht, also durch eine Beurteilung der potentiellen Konkurrenz ergänzt werden muss, kann der Inhalt des gemeinschaftsrechtlichen Zusatzes ebenfalls als der

Demgegenüber wird von der anderen Lehre die (insb. durch einen Auslegungsvorschlag von ZÄCH geprägte) Ansicht vertreten, der besagte Zusatz qualifiziere die verlangte Marktstellung bei der Strukturkontrolle in der Weise, dass sie sich von jener des Art. 7 KG schon im Intensitätsgrad unterscheidet: Ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss **Art. 7 Abs. 1 KG** muss lediglich in der Lage sein, *wirksamen Wettbewerb erheblich zu behindern*, währenddem eine marktbeherrschende Stellung gemäss **Art. 10 Abs. 2 lit. a KG** erfordert, dass ein Unternehmen auf einem Markt *wirksamen Wettbewerb beseitigen* kann²³⁴. Demzufolge bezieht sich „Marktbeherrschung nach Art. 7 Abs. 1 KG [...] auf einen tieferen, Marktbeherrschung nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG auf einen höheren Marktbeherrschungsgrad“²³⁵. Anders formuliert bewertet diese Doktrin die Marktbeherrschung und somit den Beurteilungsmassstab gemäss der *Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* im Vergleich zu jenem gemäss der Zusammenschlusskontrolle als *strenger*.

Aber auch wenn man der anderen Lehrmeinung folgt, entsprechend welcher das KG lediglich eine Variante der Marktbeherrschung kennt, gelangt man zu einem ähnlichen Ergebnis. Denn nach dieser Ansicht qualifiziert der Zusatz die marktbeherrschende Stellung *zumindest* in der Art, dass ausschliesslich bei der Strukturkontrolle eine sog. **dynamische Betrachtungsweise** vorzunehmen ist: Gegenüber der Prüfung, ob ein Unternehmen marktbeherrschend im Sinne von Art. 7 KG ist, wo sich die Betrachtung vorwiegend auf Gegenwärtiges und Vergangenes konzentriert, muss bei der Strukturkontrolle das marktbeherrschende Unternehmen nicht nur im Zeitpunkt des Zusammenschlusses, sondern vor allem auch für die Zukunft (auf Dauer) *wirksamen Wettbewerb beseitigen* können und seine Marktbeherrschung darf nicht etwa durch Wettbewerber erodiert werden können²³⁶.

Marktbeherrschung immanent verstanden werden; dem Zusatz kommt insb. keine eigenständige Bedeutung zu (vgl. dazu auch IMMENGA, S. 827 f.). Über die Bedeutung des Zusatzes in der EU gehen die Meinungen auseinander (weitere EU-Autoren finden sich bei WATTER/LEHMANN, S. 872, in ihrer FN. 118).

²³⁴ ZÄCH, N. 454 ff.; ZÄCH, Einzelfragen, S. 12 ff. Ähnliche Tendenzen sind zu finden bei DUCREY, Art. 32 N. 10; SCHMIDHAUSER, Art. 4 N. 69.

Selbstverständlich erfasst Art. 7 KG auch nach diesem Verständnis solche (marktbeherrschende) Unternehmen, die in der Lage sind, *wirksamen Wettbewerb zu beseitigen*. Denn es ist nicht einsichtig und es wäre deshalb stossend, falls zwar dominante Stellungen tieferen Grades die Rechtsfolgen von Art. 7 KG auslösen können, solche höheren Grades aber nicht, obwohl Letztere grundsätzlich ein viel grösseres Gefahrenpotential für den Wettbewerb bergen. Zu Missverständnissen verleiten kann darum die Formulierung bei ZÄCH, N. 454, dass ein „marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 7 Abs. 1 KG [...] *nicht* [tatsächliche oder potentielle Wettbewerber] vom Wettbewerb *ausschliessen* oder die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs durch Dritte *verhindern*“ kann. Diese – die Möglichkeit der Wettbewerbsbeseitigung bei Art. 7 KG ausschliessende – Formulierung ist damit zu erklären, dass der Autor für den Vergleich der beiden marktbeherrschenden Stellungen ebenso von der jeweils *geringsten* Wettbewerbsbeschränkung ausgehen muss. Nur in diesem Vergleichszusammenhang ist die zitierte Passage zu verstehen.

Praktisch gesehen hat eine solche Ansicht somit v.a. für Art. 7 KG Bedeutung. So erfasst diese Bestimmung nebst dem Marktbeherrschungsgrad gemäss Art. 10 KG weiter auch noch all jenen Grade bis zur erheblichen Wettbewerbsbehinderung. Insoweit hat Art. 7 KG einen grösseren Anwendungsbereich.

²³⁵ ZÄCH, N. 454.

²³⁶ Botschaft 1994, S. 117; BALDI/BORER, S. 345; BORER, Art. 1 N. 22 und Art. 10 N. 13; DROLSHAMMER, S. 101 und 103 f.; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 9 und 26 f.; HOFFET, S. 48; (wohl auch) SCHERRER, S. 318; WATTER/LEHMANN, S. 869; ZURKINDEN, S. 263 f. Im übrigen wird diese Form der Qualifizierung auch von der gegenübergestellten Lehrmeinung *zusätzlich* zur dort bereits gezeigten Divergenz geteilt: ZÄCH, N. 353 und 448; ZÄCH, Kontrolle des Verhaltens, S. 123.

Eine solche *zukunftsorientierte* Auslegung des Zusatzes „stellt ganz besondere Anforderungen an die Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse. Eine Intervention sollte deshalb von der Wettbewerbskommission nur in den Fällen verfügt werden, bei denen sich die zukünftige Entwicklung der Marktstruktur mit *hinreichender Bestimmtheit* voraussagen lässt“²³⁷. Damit wird der Anforderungsgrad für das Vorliegen einer Marktbeherrschung nach der Zusammenschlusskontrolle faktisch ebenfalls höher gesetzt als bei Art. 7 KG.

Für eine solche Schlussfolgerung spricht übrigens auch der Umstand, dass bei der Beurteilung einer Marktbeherrschung in Art. 7 KG die **potentielle Konkurrenz** grundsätzlich weniger stark gewichtet wird als bei der zukunftsorientierten Untersuchung im Rahmen der Strukturkontrolle²³⁸. Denn die Berücksichtigung einer allfällig bestehenden potentiellen Konkurrenz weist prinzipiell auf das Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung hin, womit entsprechend auch die Erfüllungsschwelle 'Marktbeherrschung' bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen höher angelegt ist als bei der Prüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.

Derselbe Schluss lässt sich ebenso der Bestimmung in Art. 10 Abs. 4 KG entnehmen, wonach die Weko bei „der Beurteilung der Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs [...] auch [...] die Stellung der Unternehmen im **internationalen** Wettbewerb“ zu berücksichtigen hat. Unternehmenszusammenschlüsse können demzufolge sogar kritische Konzentrationsgrade auf dem relevanten schweizerischen Markt erreichen und dennoch als mit der Strukturkontrolle vereinbar gelten, falls es sich aus internationaler Perspektive aufdrängt²³⁹. Eine solche Anweisung an die Weko fehlt der Verhaltenskontrolle. Da die zusätzliche Beachtung internationaler Verhältnisse grundsätzlich gegen das Vorliegen marktbeherrschender Unternehmen spricht, ist auch hier wieder der Marktbeherrschungsgrad bei der Strukturkontrolle höher als bei Art. 7 KG zu werten.

Ein weiteres Anzeichen auf den (bei *geringerer* Wettbewerbsbeschränkung einsetzenden und deshalb) *strengeren* Beurteilungsmassstab gemäss Art. 7 KG ist die in der *Botschaft* formulierte Absicht, ausschliesslich bei **extrem hohen Konzentrationen** – welche aufgrund externen Unternehmenswachstums zustande

²³⁷ BORER, Art. 10 N. 15; ähnlich auch Botschaft 1994, S. 117; SCHERRER, S. 318 f.; WOHLMANN, Deregulierung, S. 189, linke Spalte („echte Marktgefährdung“). Eine solche Interpretation entspricht dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit*: dazu näher bei der FN. 255.

Eine solche Vorhersage lässt sich nur bei sehr hohen Marktzutrittsschranken machen, also auf schweizerischen Märkten, die wegen privater oder staatlicher Regulierungen vom Weltmarkt abgeschottet sind oder aus anderen Gründen einen eigenen Markt (z.B. wegen vorliegender Kundenpräferenz) bilden. Auf dynamischen Märkten kommt der Strukturkontrolle eine relativ geringe Bedeutung zu (Botschaft 1994, S. 54). Eine so verstandene Vorhersage kann aber nichts daran ändern, dass diese Zukunftsprognose (wenigstens z.T.) auch auf Hypothesen beruht (DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 28 in fine; HOFFET/HOEHN, S. 233, mittlere Spalte; ZURKINDEN, S. 264).

²³⁸ ZURKINDEN, S. 263 m.w.H. (in seiner FN. 1257). Ansatzweise auch ZÄCH, N. 448 i.V.m. 343 f., der darauf hinweist, dass es bei Art. 7 KG nur ausnahmsweise angezeigt ist, zusätzlich die Angebotsumstellungsflexibilität, welche der potentiellen Konkurrenz nahesteht, zu beurteilen. A.M. VONBALLMOOS, S. 297 f.

²³⁹ Botschaft 1994, S. 119. Dazu auch infra KAPITEL 2: D.II.

kommen – zu intervenieren²⁴⁰. Konsequenterweise wurde das im Zusatz von Art. 10 KG enthaltene *Eingreiffkriterium* vergleichsweise tolerant angesetzt, reicht doch etwa nach dem EG-Recht und nach zahlreichen nationalen Regelungen bereits eine *geringere* Anforderung an eine mögliche Untersagung eines Zusammenschlusses aus²⁴¹. So erfordert beispielsweise Art. 2 Abs. 3 FKVO lediglich, dass „wirksamer Wettbewerb [...] *erheblich behindert* wird“, während die schweizerische Fusionskontrolle erst eingreift, wenn „wirksamer Wettbewerb *beseitigt* werden kann“ (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG).

Stellt bei der Strukturkontrolle bereits die marktbeherrschende Stellung den zentralen Beurteilungsmassstab dar, so dient diese Anforderung bei der Prüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen nur als eine Art Aufgreiffkriterium²⁴². Bei letzterer Kontrolle wird also nicht die dominante Stellung selber verboten. Dies ist nachvollziehbar. Schliesslich stellt Marktbeherrschung auch einen wesentlichen Anreiz zu effizienter Unternehmensführung dar und Wettbewerb bedeutet letztlich immer auch einen Kampf um Marktanteile, weshalb nicht schon das Vorhandensein eines marktbeherrschenden Unternehmens generell verboten sein kann²⁴³. Bei Art. 7 KG steht vielmehr die Untersuchung von *Verhaltensweisen* solcher Unternehmen im Vordergrund, weshalb sich des Weiteren aufdrängt, die Intensität des Beurteilungsmassstabs der Strukturkontrolle ergänzend auch mit demjenigen von Art. 7 KG zu vergleichen und damit zu klären, ob sich die bereits erlangte Schlussfolgerung im **vollständigen Vergleich** bestätigt. Vertritt man die Meinung, die Marktbeherrschung sei bei beiden Kontrollen komplett identisch²⁴⁴, so ist eine solche Gegenüberstellung sogar die einzige aussagekräftige Vergleichsmöglichkeit.

Die Intensität des Beurteilungsmassstabs bei der Kontrolle nach Art. 7 KG bestimmt sich über die Qualifizierung eines Verhaltens als *missbräuchlich*. Missbräuchlich verhält sich ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Art. 7 KG dann, wenn dieses „auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs *behinder[t]* oder die Marktgegenseite“ *ausbeutet*. Der Behauptung, diese Generalklausel sei lediglich eine Leerformel, da sie den Missbrauch wiederum mit dem Begriff des Missbrauchs definiere²⁴⁵, kann nicht zugestimmt

²⁴⁰ Botschaft 1994, S. 117.

²⁴¹ Botschaft 1994, S. 117; DÄHLER, S. 28, linke Spalte; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 2 (vgl. insb. auch die in ihrer FN. 3 festgehaltene Kritik der OECD an dem schweizerischen Zusatz) und N. 65; MARBACH, S. 128 (spricht in diesem Zusammenhang von einer „*Zurückhaltung* des schweizerischen Gesetzgebers“ bei der Fusionskontrolle); MEIER-SCHATZ, Überblick, S. 55 (spricht vom „grösseren kartellrechtlichen *Grossmut* der Schweiz“); NORDMANN, S. 230 („die schweizerische Regelung [kann] als *fusionsfreundlicher* bezeichnet werden“); SCHERRER, S. 323; VENTURI, S. 5 („Der schweizerische Gesetzgeber wollte jedoch keine so *einschneidende* Kontrolle wie die Europäische Union“); WATTER/LEHMANN, S. 872 („während in der Schweiz das *erheblich mildere* Kriterium [...] gilt“); a.M. offenbar ZURKINDEN, S. 265, und ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 119 i.V.m. 129, der bezüglich des EG-Rechts bezweifelt resp. hinterfragt, ob die schweizerische Regelung tatsächlich ein toleranteres Kriterium vorsieht (*Korrigenda*: Bei ZURKINDEN ist auf S. 265 vom '*strengerem*' Eingreiffkriterium in der Schweiz die Rede, wo aber eigentlich '*milderen*' bzw. '*höheren*' stehen müsste. Denn strenger ist gerade das Eingriffskriterium im EG-Recht [so denn dann auch ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 129]).

²⁴² RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 836; ZÄCH, Einzelfragen, S. 15.

²⁴³ Botschaft 1994, S. 80 und 102.

²⁴⁴ So z.B. VONBALLMOOS, S. 297 ff. (und schon FN. 232).

²⁴⁵ So vertreten von BORER, Art. 7 N. 7; SCHMIDHAUSER, Art. 7 N. 32.

werden. Denn die in der Bestimmung enthaltene Wendung „*durch den Missbrauch ihrer [marktbeherrschenden] Stellung*“ ist nicht etwa als ein sinnloser Versuch des Gesetzgebers zu werten, die *unzulässige* bzw. *wettbewerbswidrige*²⁴⁶ Verhaltensweise eines Unternehmens auf einem Markt mittels des synonym verstandenen *Missbrauchs* näher zu umschreiben. Statt dessen weist die Wendung bloss darauf hin, dass das Verhalten eines Unternehmens jedenfalls auf seine innehabende (marktbeherrschende) Stellung zurückzuführen sein muss, um überhaupt als unzulässig, also missbräuchlich gemäss Art. 7 KG zu gelten; mithin ohne eine solche Stellung ein entsprechendes Verhalten im Sinne des Art. 7 KG überhaupt nicht möglich wäre (vgl. dazu auch die Theorie der sog. 'legitimate business reasons')²⁴⁷. Die Wendung ist somit als die explizite Erwähnung des *Kausalitätserfordernisses* zu verstehen. Wettbewerbswidrig ist das besagte Verhalten (Behinderung, Ausbeutung) gegenüber den verbleibenden Marktteilnehmern, welches dem zu untersuchenden Unternehmen gerade wegen seiner Marktbeherrschung (zusätzlich) eröffnet wird²⁴⁸. Unbestrittenermassen muss die Generalklausel im jeweiligen Einzelfall stets noch weiter konkretisiert werden, wobei insb. der zweite Absatz der Bestimmung zur Hilfe beizuziehen ist, wo sich Beispiele missbräuchlichen Verhaltens wiederfinden²⁴⁹.

²⁴⁶ ZÄCH, N. 361.

²⁴⁷ Botschaft 1994, S. 80 f. („Verhaltensweisen [...] die auf [...] einer sogenannten marktbeherrschenden Stellung *beruhen*“); RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 836 und 838, linke Spalte „Missbrauch setzt demnach den Gebrauch der Marktmacht, also ihren [...] *kausalen* Einsatz voraus“ (Korrigenda: RUFFNER verweist fälschlicherweise auf MESTMÄCKER anstatt auf KOCH, vgl. diese beiden sogleich im Anschluss.). Zum EG-Recht herrscht über die Kausalität grundsätzlich Uneinigkeit: übersichtlich hierzu JUNG, N. 117 ff. m.w.H. (vgl. insb. auch in seiner FN. 652 zur uneinheitlichen EG-Praxis); *gl.M.* wie hier: KOCH, N. 45 f.; *a.M.* beispielsweise MESTMÄCKER, S. 455 ff., der aber zum einen den Missbrauch viel weiter verstanden haben will, als bloss im Sinne der Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen, da ihm zufolge sich auch nicht-marktbeherrschende Unternehmen missbräuchlich im Sinne dieser Bestimmung verhalten könnten; zum andern stützt sich dieser in seiner Argumentation auf die überholte (da sich seither die Rechtslage geändert hat) Rechtsprechung des EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, N. 18 ff. Zu den 'legitimate business reasons' vgl. Botschaft 1994, S. 102 f.; MEIER-SCHATZ, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 55; RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 383 f.; SCHMIDHAUSER, Art. 7 N. 37 und 40, m.w.H.; VONBÜREN/KINDLER, N. 72. Bei dieser Theorie geht es vorwiegend darum, zu zeigen, dass sich das zu untersuchende marktbeherrschende Unternehmen eigentlich so verhalten hat, wie wenn es keine solche Stellung innehatte, also (im Sinne des jeweiligen Marktes) *sachlich*, insb. nach *kaufmännischen Grundsätzen* handelte und darum das Verhalten nicht als missbräuchlich zu verstehen ist.

²⁴⁸ Diese Feststellung entspricht denn auch dem einer freien Marktwirtschaft systemnotwendigen Umstand, dass sich Wettbewerber grundsätzlich bekämpfen (vgl. dazu schon bei FN. 179 und die FN. 250, zweiter Absatz). Das in Art. 7 KG (abweichend von Art. 82 EGV) formulierte Verständnis des Missbrauchs gleicht denn auch jenem, wie es in der Praxis des EG-Rechts verwendet wird. Letzterem zufolge erfasst missbräuchliches Verhalten gemäss Art. 82 EGV „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, *auf dem der Wettbewerb gerade wegen der [marktbeherrschenden] Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist*, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von *Mitteln* behindern, *welche* von den Mitteln eines *normalen* Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger *abweichen*“ (EuGH vom 13. Februar 1979, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, N. 91). Zu Unrecht wird diese Definition des Missbrauchs im EG-Recht von den Gegnern einer kausalen Auslegung (des Missbrauchs und der Marktmacht) in Anspruch genommen (vgl. näheres unter den Verweisen in FN. 247), denn die Definition korrespondiert, wie gesehen (vgl. Kursivschrift), auch mit einem kausalen Verständnis.

²⁴⁹ Botschaft 1994, S. 102 f.; MEIER-SCHATZ, Wettbewerbsbeschränkungen, S. 54; RUFFNER, Verhaltensweisen, S. 838, rechte Spalte.

Betrachtet man nun den Beurteilungsmassstab der Strukturkontrolle, nämlich die dort verlangte Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung, *durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann*, mit jenem von Art. 7 KG, wo die den Missbrauch prägende *Ausbeutung der Marktgegenseite* als unzulässig verstanden wird, so ist es zugegebenermassen schwierig, diese beiden Massstäbe auf einen gleichen Nenner zu bringen. Diese Mühe kann man sich aber guten Gewissens sparen. Denn die in der Generalklausel weiter enthaltene Ausformung des Missbrauchs, die *Behinderung anderer Unternehmen auf dem Markt*, ist als Beurteilungsmassstab auf der Seite der Verhaltenskontrolle ausreichend, da dieser, wie gleich zu zeigen ist, bereits tiefer angelegt ist als bei der Zusammenschlusskontrolle. Selbst wenn sich die *Ausbeutung* (unwahrscheinlicherweise) als der höhere Massstab erweisen sollte, so wäre dies für den vorliegenden Vergleich irrelevant, da, wie bereits erläutert, die tiefstmöglichen Anwendungswerte einander gegenübergestellt werden müssen, was diesfalls auf der Seite der Verhaltenskontrolle ohnehin die *Behinderung* wäre.

Bei der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wird den zu überprüfenden Unternehmen abverlangt, ihre durch die Sonderstellung zusätzlich erlangten Verhaltensmöglichkeiten nicht so auszurichten, dass dadurch *andere Unternehmen* auf dem Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs *behindert* werden. Zwar umschreibt das Gesetz nicht direkt den Beurteilungsmassstab über die Auswirkungen auf den *Wettbewerb*. Es spricht in diesem Zusammenhang nur über die einzelnen Konkurrenten. Da sich aber das Bestehen von Wettbewerb im einzelnen über die (Anzahl aktueller und potentieller) Wettbewerber definiert, bedeutet eine Beschränkung bzw. Behinderung von Konkurrenten in ihrer Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs *immer auch (falls durch eine marktbeherrschende Stellung verursacht)*, dass der ganze *Wettbewerb* auf diesem Markt *behindert* wird²⁵⁰. Da die Zusammenschlusskontrolle stets eine Beseitigung des Wettbewerbs verlangt, um einen entsprechenden Vorgang als mit dem Gesetz unvereinbar zu erklären, führt auch dieser vervollständigende Vergleich der Beurteilungsmassstäbe zum selben, bereits erlangten Ergebnis: Auch hier ist der Massstab der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wieder *strenger* als jener der Fusionskontrolle, denn die Rechtsfolgen treten bei Art. 7 KG prinzipiell schon bei *geringerer* Wettbewerbsbeschränkung ein (eine blosser Behinderung reicht bereits aus).

Ergänzend und im Einklang mit dem letzten Vergleich bleibt anzumerken, dass dem bereits oben angeführten Auslegungsvorschlag ZÄCHs aus dieser Warte jedenfalls insoweit zuzustimmen ist, als dieser sich beim Aufzeigen der unterschiedlichen marktbeherrschenden Stellungen auf Missbrauchskriterien stützt und damit im Grunde

²⁵⁰ So spricht denn auch SCHMIDHAUSER, Art. 7 N. 37 in fine, explizit von „*Wettbewerbsbehinderung*“; ZÄCH, N. 454: „*wirksamen Wettbewerb bzw. tatsächliche oder potentielle Wettbewerber erheblich behindern*“. Generell zur Beziehung zwischen Wettbewerb und Wettbewerber vgl. supra KAPITEL 2: A.I und infra KAPITEL 5: B.II.1.

Die Behinderung von Konkurrenten im so verstandenen Sinn muss deshalb *durch eine marktbeherrschende Stellung* verursacht werden, da ansonsten schon jeder einzelne Vertragsschluss eines jeden Unternehmens mit den eigenen Kunden als Behinderung in der Ausübung des Wettbewerbs *im Sinne der Bestimmung* zu verstehen wäre. Vgl. dazu schon FN. 179.

dieselbe Unterscheidung vornimmt wie beim eben gezeigten Vergleich²⁵¹. Nicht zuletzt wegen dieser auf gleicher Grundlage basierenden Argumentation ist es *für hier erforderliche Zwecke* nicht nötig, sich auf die eine oder die andere Lehrmeinung festzulegen. Ohnehin führen beide zum gleichen Schluss. Nur die jeweilige Ebene, wo die Beurteilungsmassstäbe differenziert werden, ändert sich. Während gemäss der einen Meinung die Massstäbe bereits auf Ebene der Marktstellung unterschieden werden, ist der anderen Meinung zufolge der Unterschied erst nach einem (vollständigen) Vergleich der Hauptbeurteilungen beider Kontrollen zu erkennen.

Abschliessend gilt es noch, einen möglichen **Kritikpunkt** im Rahmen des vollständigen Vergleichs **klarzustellen**. Betrachtet man den Wortlaut des Zusatzes in Art. 10 Abs. 2 lit. a KG – und dort besonders die Wendung „beseitigt werden *kann*“ –, so liegt die Annahme (auf die beispielsweise SCHERRER hinweist) nicht fern, die Strukturkontrolle untersage jeden Zusammenschluss, sobald die geringste Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, also schon bei *abstrakter Gefahr*²⁵². Darum könnte zumindest nach der Lehrmeinung, welcher zufolge marktbeherrschende Unternehmen gemäss Art. 7 KG aus statischer Sicht implizit auch wirksamen Wettbewerb beseitigen²⁵³, angenommen werden, dass der Beurteilungsmassstab der *Strukturkontrolle* entgegen der bisherigen Folgerung *strenger* zu werten sei als derjenige bei der Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen. Denn Art. 7 KG verlangt vom Wortlaut her nebst der marktbeherrschenden Stellung *zudem* eine *konkret verwirklichte* unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (*Missbrauch* der dominanten Stellung). Unter einer solchen Betrachtungsweise wäre man alsdann geneigt, die zusätzliche, bloss abstrakt verstandene Voraussetzung einer zukunftsorientierten Auslegung in Art. 10 KG völlig zu vernachlässigen und nur den bei Art. 7 KG zusätzlich verlangten, konkret vorliegenden Missbrauch zu gewichten, womit die (negativen) Rechtsfolgen der Strukturkontrolle, also die Untersagung, schon bei *geringerer* (da abstrakt verstandener) Wettbewerbsbeschränkung ausgelöst würden.

Diese Kritik am bis anhin erzielten Schluss (des strengeren Massstabs bei der Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen) wird aber aus folgendem Grund **gegenstandslos**: Die Wendung der Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, ist einer grundsätzlichen Präventivkontrolle gemäss Art. 10 KG²⁵⁴ nämlich inhärent. Da diese Kontrolle auf Vermutungen, Wahrscheinlichkeiten und Prognosen angewiesen ist, um überhaupt zur Anwendung zu gelangen, muss das Gesetz mit der entsprechend vagen und weiten Wendung arbeiten. Die Wendung wird aber in ihrem Verständnis wiederum *engeengt*, und zwar weil sich das Interventionsmoment durch

²⁵¹ ZÄCH, N. 454: „Ein marktbeherrschendes Unternehmen nach Art. 7 Abs. 1 KG kann somit [...] tatsächliche oder potentielle Wettbewerber erheblich behindern“.

²⁵² So bemängelt SCHERRER, S. 318 (zustimmend DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 28), die Bestimmung folgendermassen: „Die Formulierung ist unglücklich, weil sie das Verhältnis zwischen marktbeherrschender Stellung und der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs nicht klärt. Bei wörtlicher Auslegung könnte ein Zusammenschluss, der eine marktbeherrschende Stellung verstärkt oder begründet, auch dann untersagt werden, wenn zwar die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs besteht, der Wettbewerb de facto aber überhaupt nicht beeinträchtigt wird“.

²⁵³ FN. 233.

²⁵⁴ Vgl. zum präventiven Charakter des Art. 10 KG infra KAPITEL 2: B.I.

die Weko und damit auch die Intensität dieser Beseitigungsmöglichkeit stets an der *Verhältnismässigkeit* ausrichten muss²⁵⁵. Die aufgeführte Kritik vernachlässigt diesen Punkt und stützt sich demgegenüber lediglich auf den Wortlaut. Konsequenterweise ist die Möglichkeit, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, erst dann gegeben, wenn ein Eingreifen aus Sicht des Wettbewerbs *tatsächlich als notwendig* erscheint (man könnte in diesem Zusammenhang von einer 'konkretisierten' Gefahr sprechen). Dazu muss „sich die zukünftige Entwicklung der Marktstruktur mit hinreichender Bestimmtheit voraussagen“²⁵⁶ lassen, womit sehr hohe Anforderungen an die Prognose – inwiefern wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann – gestellt werden. Andernfalls ist es angemessener, einen Zusammenschluss nicht zu untersagen. Immerhin unterliegt dieser dann – genauso wie intern gewachsene Unternehmen – gegebenenfalls noch der Prüfung gemäss Art. 7 KG.

²⁵⁵ Näheres zur Verhältnismässigkeit im KG bereits bei FN. 180.

²⁵⁶ Dazu schon bei FN. 237.

B. Verfahrensrechtliche Unterscheidungen

I. Präventions- und Repressionsgedanke

Der wohl wichtigste verfahrensrechtliche Unterschied zwischen Struktur- und Verhaltenskontrolle liegt in ihrer zeitlichen Ausrichtung: Während Verhaltensweisen von Marktteilnehmern im Sinne von wettbewerbsbeschränkenden Abreden und Marktmachtmissbräuchen prinzipiell erst nach deren Verwirklichung (**ex post**) durch die entsprechenden Kontrollen gemäss Art. 5 bzw. 7 KG beurteilt werden, sind Unternehmenszusammenschlüsse – sofern diese denn von der Strukturkontrolle aufgegriffen werden – grundsätzlich einer (zukunftsgerichteten) **ex ante** Betrachtungsweise unterstellt²⁵⁷. Entsprechend wird im Zusammenhang mit den Verhaltenskontrollen auch von repressiven Prüfungen gesprochen, währenddem die Zusammenschlusskontrolle als präventiv bezeichnet wird.

Bei der Unterscheidung zwischen präventiver und repressiver Kontrolle ist ausschlaggebend, ob ein Unterfangen bereits *durchgeführt* ist (Art. 9 Abs. 1 resp. Art. 32 Abs. 2 KG) oder nicht. Ein Zusammenschlussvorhaben gilt in dem Zeitpunkt als vollzogen, wo eine Strukturänderung effektiv eintritt, was regelmässig durch den Eintrag im Handelsregister geschieht, wie aus dem Entscheid *BKW-AEK/Comtop* klar hervorgeht²⁵⁸. Entsprechende Vorhaben sollen – sofern sie durch die Aufgreifkriterien erfasst werden – der **Strukturkontrolle** jedenfalls vor diesem Zeitpunkt gemeldet werden (Art. 9 Abs. 1 KG). Noch bevor beteiligte Unternehmen oder Dritte irgendwelche Verfügungsgeschäfte abwickeln, wird möglichst frühzeitig, am Ursprung dieser Wettbewerbsbeschränkung interveniert. Dadurch werden nicht nur

²⁵⁷ HOFFET, S. 47; HOFFET/HOEHN, S. 233, mittlere Spalte. Entsprechende Gedanken finden sich auch schon in FN. 236.

Auf einen weiteren verfahrensrechtlichen Unterschied macht ZURKINDEN, S. 134, aufmerksam: Ein Korrelat zur Bestimmung in Art. 26 Abs. 3 KG, wonach das *Akteneinsichtsrecht* bei der Vorabklärung ausgeschlossen ist (Verhaltenskontrolle), findet sich bei der *Einleitung des Prüfungsverfahrens* im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nicht (Strukturkontrolle). Daraus schliesst der Autor, dass im Verfahrensabschnitt der Einleitung des Prüfungsverfahrens stets ein Akteneinsichtsrecht vorliege. Einem solchen *e contrario* Schluss kann aber nicht zugestimmt werden. Zwar mag das Problem des Denunziantenschutzes (dazu beispielsweise BORER, Art. 26 N. 9) bei Zusammenschlüssen eine geringere Bedeutung einnehmen, doch gebietet die relativ kurze Frist des Einleitungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 1 KG eine Rückstellung des Akteneinsichtsrechts in dieser Verfahrensphase (Analogieschluss). Vgl. auch BOVET, S. 8 („S’agissant des parties, on soulignera que, par analogie avec l’art. 26 al. 3 LCart, elles n’ont pas le droit de consulter le dossier durant l’enquête préalable“); DIETRICH, S. 83 und 90 ff.; SCHERRER, S. 472 f.

²⁵⁸ Botschaft 1994, S. 52 und 142; *BKW-AEK/Comtop*, RPW 1997/2, 237 ff., N. 22: „Als Vollzug wird nämlich diejenige Handlung angesehen, welche zur *Veränderung der Marktstrukturen* führt, mithin der Eintrag ins Handelsregister“; *Druckerei Wetzikon AG/Anzeiger von Uster AG*, RPW 1998/1, S. 92 ff., N. 16 f. (in casu war der Eintrag ins Aktienbuch gemäss Art. 686 OR relevant); BORER, Art. 9 N. 27 f.; BOVET, S. 4; DUCREY, Art. 32 N. 22 f.; VENTURI, S. 4; ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 38 ff; VONBÜREN/KINDLER, N. 92. Vgl. auch Art. 1 VKU.

Demgegenüber sind Zusammenschlüsse der EU-Kommission spätestens „*innerhalb einer Woche* nach dem *Vertragsabschluss*, [nach] der Veröffentlichung des Kauf- oder Tauschangebots oder [nach dem] Erwerb einer die Kontrolle begründenden Beteiligung“ zu melden (Art. 4 Abs. 1 FKVO).

Kosten und Ressourcen der Wirtschaft **gespart**, sondern auch jene des Staates²⁵⁹. Denn die Untersuchung und die allfällige Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung verursacht auch bei den Wettbewerbsbehörden wesentlich mehr Arbeit, als die einer bloss vorgesehenen aber noch nicht vollzogenen Beschränkung.

Die präventiv ausgestaltete Kontrolle rührt nicht etwa von einer strengeren Behandlungsabsicht her. In Anbetracht der zentralen und weitreichenden Bedeutung, welche eine solch komplexe Institution wie das Unternehmen auf einem jeden Markt inne hat, scheint eine präventive Untersuchung der Entstehung von Unternehmen (durch externes Wachstum bzw. Neugründung) als die angemessene Lösung. Die Prävention erklärt sich aus dem Gedanken der **Verhältnismässigkeit** und **Effizienz**, zudem aber auch aus **praktikablen** Gründen: Denn sobald in einen Zusammenschlussvorgang nachträglich (repressiv) eingegriffen werden muss, entstehen schwerwiegende praktische Probleme beispielsweise im Zusammenhang mit einer allfälligen Entflechtung nach Art. 37 KG (man denke nicht zuletzt auch an die betroffenen Arbeitnehmer), also der Wiederherstellung des wirksamen Wettbewerbs nach einem widerrechtlichen Zusammenschluss, weshalb gesagt werden kann, dass die Strukturkontrolle bereits aus der *Natur ihrer Sache* vor dem jeweiligen Zusammenschlussvollzug erfolgen muss²⁶⁰. Die Ausgestaltung des Gesetzes – noch bevor ein marktbeherrschendes Unternehmen überhaupt entstanden ist, zu intervenieren – dient insb. der **Rechtssicherheit aller Marktteilnehmer** und hilft, Kraft und Zeit der Beteiligten zu sparen²⁶¹.

Damit die Präventionskontrolle überhaupt effizient realisiert werden kann, ist es notwendig, dass diese durch ein besonderes Verfahren und einschneidende Sanktionen begleitet wird. So inkarnieren eine vorzeitige **Meldepflicht** nach Art. 9 KG und ein speziell geartetes **Genehmigungsverfahren** (auch Einspruchs- bzw. Widerspruchsverfahren genannt) in den Art. 32 ff. KG den präventiven Charakter der Zusammenschlusskontrolle²⁶². *Zusätzlich ergänzen* (nur für genehmigungspflichtige Zusammenschlüsse vorgesehene) **Sanktionen** die Präventionskontrolle. Die zusätzlichen *Verwaltungssanktionen* in Art. 51 KG sorgen für eine Disziplinierung von an geplanten Zusammenschlüssen beteiligten Unternehmen, während sich die zusätzlichen *Strafsanktionen* in Art. 55 KG gegen natürliche Personen wenden, die vorsätzlich gegen Vorschriften der Strukturkontrolle verstossen²⁶³. Die Sanktionen dienen der Sicherung einer wirksamen Präventionskontrolle, indem diese nebst der Disziplinierung auch abschrecken, mitunter selber Präventivwirkung entfalten²⁶⁴. Letztere Wirkung wird dadurch gesteigert, dass nicht erst der Verstoß gegen eine

²⁵⁹ SCHERRER, S. 314.

²⁶⁰ SCHERRER, S. 314 und 374; VONBÜREN/KINDLER, N. 92; WOHLMANN, Deregulierung, S. 189, linke Spalte. Vgl. auch bei FN. 716.

²⁶¹ MARBACH, S. 115; SCHERRER, S. 314.

²⁶² Botschaft 1994, S. 55 und 140 f.; VENTURI, S. 4 f.; WATTER/LEHMANN, S. 857; ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 19. Zu den einzelnen Bezeichnungen der Meldepflicht und des Verfahrens, vgl. z.B. SCHERRER, S. 375 f.; STÖCKLI, N. 300; ZÄCH, N. 655.

²⁶³ Botschaft 1994, S. 152; BALDI/BORER, S. 353 f.; DUCREY, M&A, S. 146; ZÄCH, N. 701 m.w.H.; ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 158.

²⁶⁴ Botschaft 1994, S. 26 und 152.

Verfügung der Wettbewerbsbehörden die Sanktionen auslöst, sondern bereits die direkte Verletzung der Meldepflicht bzw. des Vollzugsverbots.

Der scheinbare Nachteil einer Präventionskontrolle, dass die erfassten Vorgänge überhaupt einer *Meldepflicht* und damit verbunden *zusätzlichen Sanktionsmöglichkeiten* unterliegen, wird durch die von der Prävention bezweckte Rechtssicherheit inhärent vorausgesetzt und in dem Sinne von diesem positiven Sicherheitsaspekt auch *gerechtfertigt* und gleichzeitig *kompensiert*.

Die Bezeichnung der Strukturkontrolle als präventiv gilt jedoch nur (aber immerhin) im Grundsatz. So kann es in Ausnahmesituationen dazu kommen, dass die Strukturkontrolle auch repressiv zur Anwendung gelangt, beispielsweise dann, wenn ein meldepflichtiger Zusammenschluss entweder ohne irgendwelche Indikationen an die Wettbewerbsbehörden illegal oder legal (nach Erlass einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 32 Abs. 2 KG) vollzogen wurde²⁶⁵. Konsequenterweise sieht das Kartellrecht in Art. 37 KG Massnahmen zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs für die Fälle vor, dass an einem marktbeherrschenden Zusammenschluss beteiligte Unternehmen ihr legal oder illegal zustande gekommenes Vorhaben unter Inkaufnahme von Sanktionen dennoch beibehalten wollen. Solchen Umgehungsversuchen wirkt insb. die ultima ratio zur Anwendung gelangende Entflechtungsmöglichkeit gemäss Art. 37 Abs. 4 KG entgegen²⁶⁶. Durch eine solche *repressive* Anwendung wird die Strukturkontrolle aber nur *vervollständigt*, und zwar um deren vollumfängliche Geltung und Effektivität zu gewährleisten. Deshalb ändert sich dadurch nichts am Grundsatz ihrer präventiven Ausgestaltung.

Demgegenüber rechtfertigt sich eine grundsätzlich repressive Kontrolle in den Fällen, wo die Erwartung einer vorzeitigen Meldung geradezu als paradox zum eigentlichen Verhalten erscheint wie beispielsweise bei geheim geplanten Vorhaben. Um solche *kaschierten Vorgänge* handelt es sich oft bei **unzulässigen Kartellen** und **missbräuchlichen Verhaltensweisen**²⁶⁷. Die Erwartung einer Meldung wäre de lege lata illusorisch. Deshalb werden diese Vorhaben realistischerweise erst nach deren Vollzug kontrolliert. In diesem Zusammenhang bleibt zu ergänzen, dass mit der ausstehenden Teilrevision des Kartellrechts v.a. die repressive Kontrolle effizienter und *strenger* ausgestaltet werden soll, indem direkt gegen ein Kartell bzw. den Missbrauch von Marktmacht mit Sanktionen vorgegangen werden kann (ohne dass zuvor gegen eine durch die Weko erlassene Verfügung verstossen werden muss) und

²⁶⁵ Während der Ausdruck 'repressiv' im hier interessierenden Zusammenhang so verstanden wird, dass eine Kontrolle *nach dem Vollzugszeitpunkt* eines Unterfangens stattfindet (also wie grundsätzlich bei der Verhaltenskontrolle), so verwenden einige Autoren (so z.B. BORER, Erste Erfahrungen, S. 154; BORER, Art. 9 N. 1; HOFFET, S. 45) diesen Ausdruck in einem *anderen Verständnis*. Hinter dem Terminus 'repressiv' kann demzufolge auch der Sinngehalt stecken, dass die Weko die Möglichkeit hat, durch Bedingungen und Auflagen (vgl. näheres dazu infra KAPITEL 2: C) bzw. der Untersagung in ein Vorhaben (das insb. *noch nicht vollzogen* zu sein braucht) einzugreifen.

²⁶⁶ Botschaft 1994, S. 146; BORER, Art. 37 N. 9; DUCREY, Vorb. Art. 32-38 N. 24; VONBÜREN/KINDLER, N. 160 ff.

²⁶⁷ STOFFEL, Wettbewerbsabreden, S. 21.

die Einführung einer sog. Kronzeugenregelung vorgesehen ist²⁶⁸. Offensichtlich würde durch diese Teilrevision der Verhaltenskontrolle verstärkt auch eine präventive Wirkung in dem Sinne zukommen, dass sich Unternehmen vor einer allfälligen Kartellabrede bei der Weko über die kartellrechtliche Vereinbarkeit ihres Vorhabens informieren und damit vermehrt (freiwillig) melden würden, um später nicht u.U. direkt sanktioniert bzw. von einem Partner 'verraten' zu werden.

Vergleicht man nun die jeweiligen Kontrollen bezüglich deren Präventions- und Repressionsgedanken **miteinander**, so kann folgendes festgehalten werden: Da bei Zusammenschlüssen betreffend deren finanziellen und marktstrukturellen Konsequenzen besonders auch für die beteiligten Unternehmen oft viel auf dem Spiel steht, werden diese geneigt sein, rechtlich möglichst abgesichert und regelkonform vorzugehen. Dazu müssen sie ihr Vorhaben in der Regel (beispielsweise mittels eines Handelsregistereintrags) *publik* machen. Wenn die beteiligten Unternehmen vor oder mit dem Vollzug des Zusammenschlusses ohnehin schon aus Eigeninteressen ihr Vorhaben durch Publikation preisgeben müssen (wodurch die Möglichkeit der Geheimhaltung, wenn nicht gebannt, so doch zumindest stark reduziert wird), können und werden diese im Normalfall nicht zögern, gleichzeitig auch der kartellrechtlichen Meldepflicht nachzukommen²⁶⁹. Anders gestaltet sich die Situation im Falle einer Verhaltenskontrolle. Da die meisten Unterfangen, die von einer solchen Kontrolle erfasst werden, regelmässig keiner Publizität bedürfen, um überhaupt zu funktionieren (so ist v.a. kein Handelsregistereintrag erforderlich), sind sie geeignet, verdeckt vollzogen zu werden²⁷⁰. Typischerweise werden Vorhaben wie kartellarische Abreden und missbräuchliche Verhaltensweisen dominanter Unternehmen mittels Denunziation von Betroffenen bzw. durch die Beteiligten selbst publik (aufgrund von direkten Sanktionsandrohungen würden Letztere eher zu einem solchen wettbewerbsfördernden Handeln bewogen, weshalb die bevorstehende Teilrevision des Kartellrechts um so dringender erscheint).

Diese unterschiedlichen Gegebenheiten bei den Untersuchungsobjekten der Kontrollen zeigen genauso die *positive Ausgangslage* einer präventiven Ausgestaltung der Strukturkontrolle gegenüber jener der repressiven (de lege ferenda sogar noch strenger werdenden) Verhaltenskontrolle, wie auch die hinter dem Präventionsgedanken liegende Kosten- und Ressourcenersparnis, die Verhältnismässigkeit, die Effizienz, die Praktikabilität und die Rechtssicherheit. Auch

²⁶⁸ Näheres zur Teilrevision vgl.: *Ständerat: Ein Kartellgesetz mit mehr Biss verabschiedet*, in: NZZ vom 21. März 2003 (67), S. 16; RPW 2002/2, S. 2 f.; *Wettbewerbsschutz oder Interventionismus*, in: NZZ vom 21./22. September 2002 (219), S. 21; *Zusätzlicher Schub für den Wettbewerb – Einbezug vertikaler Abreden ins Kartellrecht*, in: NZZ vom 4. September 2002 (204), S. 13; *Vor einer Teilrevision des Kartellrechts*, in: NZZ vom 25. August 2000 (197), S. 23; *Mehr Schlagkraft für Wettbewerbskommission – Teilrevision des Kartellrechts in Sicht*, NZZ vom 23. August 2000 (195), S. 13; BAUDENBACHER, Gilt es ernst mit der Kartellbekämpfung?, S. 23; SCHEIDEGGER, S. 22; STOFFEL, Wettbewerbsabreden, S. 21 f.; Dringliche Einfache Anfrage der sozialdemokratischen Fraktion des Nationalrats vom 31. Mai 1999 und Antwort des Bundesrats, RPW 1999/2, S. 319. Vgl. auch kritische Ansichten zur Teilrevision: „Zu früh, unausgereift und verfassungswidrig“ – Schlechte Noten für die Revision des Kartellrechts in der Vernehmlassung, in: NZZ vom 30./31. Dezember 2000 (304), S. 14; HORBER, S. 23; SOMMER, NZZ, S. 19.

²⁶⁹ Bei Zusammenschlüssen gehen die beteiligten Unternehmen naturgemäss (insb. wegen damit verbundenen hohen Kosten) vorsichtig vor.

²⁷⁰ Siehe schon in FN. 267.

erweisen sich die die Prävention eigentlich als negativ zu wertenden Punkte (wie z.B. das spezielle Verfahren mit Meldepflicht, die mögliche repressive Anwendung oder die zusätzlichen Sanktionen) bloss als notwendige Ergänzung der angestrebten Vorteile der präventiven Ausgestaltung und werden somit durch diese Vorteile kompensiert.

II. Regelung der Fristen und Rechtsfolgenproblem

Eng mit der eben angeführten Differenzierung ist die Problematik der Fristen und der Rechtsfolgen verknüpft. Denn der präventive Charakter der Zusammenschlusskontrolle verlangt geradezu nach einem raschen und diskreten Verfahren, um unbedenkliche Vorhaben so schnell als möglich wieder freizugeben²⁷¹. Es sind deshalb sowohl im Einleitungs- als auch im Hauptprüfungsverfahren der **Strukturkontrolle** stets klar definierte *Fristen* vorgesehen (Art. 32 Abs. 1, Art. 33 Abs. 3, Art. 35, Art. 36 Abs. 3 KG und Art. 20 VKU). Das Verfahren dieser Kontrollart ist durch eine *strikte* Fristengebundenheit *charakterisiert*²⁷².

Die **Verhaltenskontrolle** ist dadurch geprägt, dass sie, selbst bei einer vorzeitigen Meldung eines Unterfangens, *jederzeit* und in der Regel (auch) nach Vollzug des Vorhabens zur Anwendung gelangt. Eine solche Ausgestaltung entspricht dem Gedanken, dass Kartelle und Missbräuche oftmals verdeckt bzw. zahlreich vorhanden sind und darum viel Zeit vergehen kann, bis die Wettbewerbsbehörden sich eines solchen Problems überhaupt annehmen und die einzelnen Gegebenheiten aufdecken (mit der Kooperation von Wettbewerbsschädigern ist nicht immer – sogar selten – zu rechnen). Eine Regelung für Fristen in Verbindung mit einem Widerspruchsverfahren gleich wie bei der Strukturkontrolle wäre solchen verdeckten Machenschaften geradezu förderlich (da durch den Fristablauf ein falsches Sicherheitsgefühl entstehen könnte und das Widerspruchsverfahren nur unter bestimmten Anforderungen einsetzt) und deshalb wettbewerbsschädlich. Darum besteht bei den Verhaltenskontrollen erst nach Beendigung einer *zeitlich unbeschränkten Vorabklärung bzw. Untersuchung* Klarheit über deren Rechtsfolgen, während bei der Strukturkontrolle spätestens nach Ablauf der Fristen Rechtssicherheit herrscht. Dieser unsichere (unbefristete) Zustand bei Sachverhalten, welche unter die Verhaltenskontrollen fallen, wird noch durch die Besonderheit verschärft, dass dort die Rechtsfolgen der Unzulässigkeit bereits *von Gesetzes wegen* eintreten und darum alle behördlichen Entscheide lediglich deklaratorische Wirkung entfalten, wogegen bei der Strukturkontrolle eine Verbotsverfügung konstitutiver Natur ist (eine autoritative Anordnung ist also stets erforderlich)²⁷³. Noch brisanter wird die Situation, falls der zivilrechtlichen 'Unzulässigkeit' Nichtigkeit *ex tunc* zugestanden wird (Art. 20 OR)²⁷⁴.

²⁷¹ Botschaft 1994, S. 140; SCHERRER, S. 374.

²⁷² MARBACH, S. 129.

²⁷³ STÖCKLI, N. 296 ff. und 574; ZÄCH, N. 297 und 318. Entsprechendes zum deutschen Recht: BECHTOLD, §1 N. 52; WERTENBRUCH, S. 1. Zur konstitutiven Natur von Verbotsverfügungen bei der Strukturkontrolle besteht keine Einigkeit: a.M. beispielsweise SCHERRER, S. 414.

²⁷⁴ So beispielsweise CHABLOZ, S. 33 m.w.H.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 687c; LANG, S. 24 ff.; STÖCKLI, N. 316 ff.; STOFFEL, Kartell-Zivilrecht, S. 95; STOFFEL, Ententes, S. 15 f.; TERCIER, Contrats, S. 28; ZÄCH, N. 504 ff.; ZÄCH, Einzelfragen, S. 16. Nebst dieser sog. *Nichtigkeitstheorie* wird teils auch die

Im Zusammenhang mit der Erfassung einer Joint Venture-Entstehung durch die Verhaltenskontrolle stellen sich alsdann v.a. die Probleme, dass das (womöglich schon vor langer Zeit 'entstandene') *Gemeinschaftsunternehmen* rechtlich nie Bestand hatte und dass Unklarheit über die (durch das Joint Venture eingegangenen Rechts-) Verhältnisse zu **Dritten** besteht. Nicht selten muss in solchen Fällen zur Überbrückung der daraus entstandenen *Rechtsunsicherheit* auf juristische (meist auf einer Fiktion beruhende) Konstrukte wie beispielsweise die fehlerhafte Gesellschaft, das faktische Vertragsverhältnis oder aber den Rechtsmissbrauch zurückgegriffen werden, um zu verhindern, dass sich wettbewerbswidrig handelnde Unternehmen „unter Berufung auf eine Nichtigkeit ex tunc [ihren] vertraglichen Verpflichtungen entziehen [können]“²⁷⁵. Doch auch bei einem Nichtigkeitsverständnis ex nunc²⁷⁶ liegt weiterhin das Problem vor, dass ein u.U. über lange Zeit bestehendes Unternehmen *künftig* keinen Bestand mehr haben wird, da Nichtigkeit ex nunc nur einen Bestandesschutz für die Vergangenheit herbeiführt²⁷⁷. Diese langzeitige²⁷⁸ Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Verhaltenskontrolle *über den definitiven Bestand* (für die Vergangenheit sowie für die Zukunft) *eines Unternehmens* und damit indirekt auch über die eigentliche Marktstruktur zieht weite Kreise. So kann das im Verlaufe der Zeit gewachsene *Vertrauen* in den als selbstverständlich betrachteten Bestand eines Unternehmens von Beteiligten und Dritten (wie Kunden und Kreditgebern) stark getrübt werden. Dies gilt um so mehr, als das Unternehmen im Handelsregister eingetragen ist. Dieser Vertrauensverlust wiegt darum so schwer, da das Unternehmen als solches die zentrale und komplexe Institution eines jeden Marktes darstellt. Oftmals werden dabei auch enorme Investitionen (dann eben unnötigerweise) getätigt²⁷⁹. Hervorzuheben bleibt, dass die so betroffenen (v.a. auch die Minderheits-) *Beteiligten, Kreditgeber und Kunden* prinzipiell *nicht* „durch eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert“²⁸⁰ werden, weshalb ihnen keine Ansprüche gemäss den zivilrechtlichen Bestimmungen des KG zukommen. Vielmehr ist ihre Interessenlage denjenigen von

Anfechtungstheorie mit Ungültigkeit ex nunc (Botschaft 1994, S. 86; RICHLI, S. 599, rechte Spalte; WALTER, Vorb. zu Art. 12-17 N. 38) resp. eine vermittelnde *Mischtheorie* mit differenzierter Folgewirkung (BALDI/BORER, S. 354 f.; BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen, S. 831; BORER, Vorb. zu Art. 12-17 N. 8; BRECHTBÜHL/DJALALI, S. 108; HOFFET, Art. 5 N. 142) vertreten. Die Argumentation in der Botschaft, dass das Missbrauchsprinzip keine Nichtigkeit ex tunc, sondern nur eine solche ex nunc zulässt, gilt aus heutiger Sicht als überholt (vgl. entsprechend bei den aufgeführten Autoren).

²⁷⁵ BORER, Vorb. zu Art. 12-17 N. 8 f. NORDMANN, S. 97. Sinngemäss zum deutschen Recht auch SCHMIDT, Zivilprozesse, S. 7: „Eine Anwendung des §1 GWB auf ein Gemeinschaftsunternehmen kann und **darf nicht zur Folge haben, dass organisierte und handelsgesellschaftlich tätige Rechtsträger einfach von der Bildfläche verschwinden**“; WERTENBRUCH, S. 8; ZIMMER, § 1 N. 334 f. Vgl. auch ALTIN-SIEBER, S. 265 (insb. in ihrer FN. 636).

Zur *fehlerhaften Gesellschaft* vgl. GUHL/DRUEY, § 66 N. 66 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 13 f. Zum *faktischen Vertragsverhältnis* vgl. beispielhaft GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 1184 ff.

²⁷⁶ Zur sog. *Anfechtungstheorie* vgl. bereits FN. 274.

²⁷⁷ Dasselbe gilt auch für die Überbrückungslösung der fehlerhaften Gesellschaft: GUHL/DRUEY, § 66 N. 68; zum deutschen Recht vgl. WERTENBRUCH, S. 9.

²⁷⁸ So vergingen im Fall *Aral*, WuW 5/1984, S. 433 ff., *sechzehn Jahre*, bis das Bundeskartellamt ein Vertragswerk gemäss der deutschen, ebenfalls unbefristeten Kartellkontrolle (aufgrund einer Änderung der Rechtsprechung) untersagte.

²⁷⁹ Im *Aral* Fall (a.a.O.) war beispielsweise ein Gemeinschaftsunternehmen betroffen, in welches rund 1,9 Milliarden DM investiert wurden (WERTENBRUCH, S. 3 m.w.H.).

²⁸⁰ Art. 12 Abs. 1 KG.

Anspruchsberechtigten gemäss Art. 12 ff. KG gerade entgegengesetzt: Während Erstere die Erhaltung des als unzulässig befundenen Unternehmens beabsichtigen, verfolgen Letztere dessen Beseitigung. Auch wenn sich die (in den Bestand des Unternehmens vertrauenden) Betroffenen wenigstens teilweise für allfällig erlittenen Schaden über die *allgemeinen* Zivilbestimmungen schadlos halten können, wird dennoch der *Rechtsverkehr verunsichert bzw. schwerwiegend und langandauernd in Mitleidenschaft gezogen*²⁸¹.

Somit kann bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass XCs die jederzeit mögliche **Erfassung einer Joint Venture-Entstehung** durch die Rechtsfolgen der **Verhaltenskontrolle auf Kosten der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes (in den Bestand von strukturprägenden Unternehmen) und des Rechtsverkehrs im allgemeinen geht**. Demgegenüber sorgen die Fristen bei der Strukturkontrolle für eine rasche Bewältigung allfälliger Rechtsprobleme und bewerkstelligen damit einher gehend einen rechtssicheren Zustand. Die die Strukturkontrolle prägende Rechtssicherheit ist als ein klarer *Vorteil* zu werten und prägt die *Ungleichbehandlung* zwischen den beiden Kontrollarten²⁸².

Dieser zeitliche Unterschied kann nun – falls im Zusammenhang mit der Erfassung einer Joint Venture-Entstehung insb. die Einordnungstheorie der sog. *Doppelkontrolle*²⁸³ vertreten wird – weiter zur Folge haben, dass beteiligte Unternehmen, *im Vertrauen auf einen positiven Entscheid* (Art. 16 Abs. 2 KG), *einen Comfort Letter*²⁸⁴ (Art. 16 Abs. 1 VKU) *oder einen ungenutzten Fristablauf* (Art. 32 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 3 i.V.m. Art. 34 KG) der Wettbewerbsbehörde im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle, ein Joint Venture gründen, dessen zugrunde liegendes Vertragswerk zu einem späteren Zeitpunkt von derselben Behörde aufgrund der Verhaltenskontrolle wieder untersagt wird²⁸⁵. WERTENBRUCH spricht in diesem

²⁸¹ Die Aussicht der Beteiligten und Dritten auf einen Scherbenhaufen mit anschliessender Entschädigung ist sicherlich nicht im Sinne des Geschäftsverkehrs. Die gesetzlich bewirkte Rechtsunsicherheit über den Bestand von Unternehmen entspricht schliesslich auch nicht dem Gedanken eines *wirksamen Wettbewerbs*.

²⁸² So denn ausdrücklich bei ZURKINDEN, S. 121: Das „Verfahren der Fusionskontrolle (Art. 32 ff. KG) [ist] im Unterschied zu demjenigen der Verhaltenskontrolle (Art. 26 ff. KG) [...] zeitlich befristet und damit *vorteilhafter*“. Vgl. auch BORER, Art. 4 N. 40, in seiner FN. 252.

²⁸³ Der zu untersuchende Sachverhalt untersteht dabei beiden Kontrollarten. Vgl. näheres zur Doppelkontrolle infra KAPITEL 3: A und KAPITEL 3: C. Da das deutsche Wettbewerbsrecht schon seit langem mit der Doppelkontrolle vertraut ist, wird dieses und die sich damit auseinandersetzende Lehre im Folgenden (unter Berücksichtigung der nötigen Vorsicht) zur besseren Veranschaulichung herangezogen.

²⁸⁴ Auch als '*Unbedenklichkeitserklärung*' bezeichnet (so z.B. SCHERRER, S. 397). Bei einem Comfort Letter handelt es sich *nicht* um eine *Verfügung* sondern um eine (schriftliche) Stellungnahme: *DiAx Mobile AG*, RPW 1998/1, S. 86 ff., N. 17 f.; BOVET, S. 9; DUCREY, Art. 32 N. 31; a.M. SCHERRER, S. 411. Im übrigen ist diese schriftliche Mitteilung, obwohl nicht ausdrücklich vorgesehen, nach h.L. analog auch im Hauptprüfungsverfahren anwendbar: *General Electric Capital Corporation – Bank Prokredit*, RPW 1999/1, S. 144 ff., N. 149; *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, RPW 1997/2, S. 179 ff., N. 114; BORER, Art. 10 N. 20 und Art. 33 N. 9; DUCREY, Art. 33 N. 26; ZÄCH, N. 654. Zur Forderung einer *speditiven* und *effizienten* Behandlung von gemeldeten Unternehmenszusammenschlüssen: Amtl.Bull. NR 1995, S. 1107 ff. Zum Ganzen vgl. HÄNER, S. 133 ff.

²⁸⁵ Vgl. zur Veranschaulichung den Fall *Aral*, WuW 5/1984, S. 433 ff., im deutschen Recht, wo sechzehn Jahre nach einem positiven Entscheid des Bundeskartellamtes zu einem Joint Venture („Die Beschlussabteilung ist zu dem Ergebnis gelangt, dass dieses Vertragswerk gegen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht verstösst“, in: WuW 7 u. 8/1986, S. 594) dasselbe Vertragswerk wegen

Zusammenhang vom sog. **Rechtsfolgenproblem**²⁸⁶. Dieses (und die damit zusammenhängende Rechtsunsicherheit) beruht auf dem Zeitunterschied beim Rechtsfolgeneintritt. Während aus Sicht der Strukturkontrolle spätestens mit Ablauf der relativ kurzen Fristen die Rechtslage geklärt ist, bleiben die Beteiligten problematischerweise bis zur zeitlich nicht begrenzten Beendigung der zweiten Kontrolle permanent dem Damoklesschwert ausgeliefert. Sie sind jederzeit dem Risiko einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit ihres durch die Strukturkontrolle bereits freigegebenen Gemeinschaftsunternehmens unterstellt²⁸⁷. Die Rechtslage bleibt, trotz eines vorangegangenen positiven Entscheids, in stossenderweise ungewiss. Im Zusammenhang mit dem Rechtsfolgenproblem ist auch das noch zu behandelnde Absorptionsproblem zu betrachten (KAPITEL 3: F).

einer unbefristeten Kartellkontrolle untersagt wurde (in casu fand die spätere Untersagung aufgrund einer Änderung der Rechtsprechung statt).

²⁸⁶ Dazu die ganze Arbeit von WERTENBRUCH, insb. S. 1-10. Diese berücksichtigt auch einige spezifisch deutsche Besonderheiten, welche an dieser Stelle nicht weiter von Interesse sind (so z.B. den Umstand, dass die zivilrechtlichen Unwirksamkeitsfolgen nur zur Disposition des Zivilrichters stehen und nicht etwa zu jener der Kartellbehörde. Ein Gemeinschaftsunternehmen kann dann auch im Falle einer Nichtuntersagung durch die Kartellbehörden stets noch zivilrechtlich (durch den Zivilrichter) als unwirksam erklärt werden: BECHTOLD, § 1 N. 51 ff. WERTENBRUCH, S. 1 f. Es liegt auf der Hand, dass dadurch die deutsche Rechtsfolgenproblematik ausgeweiteter und ausgeprägter ist, weshalb diese mutatis mutandis auch der Rechtsfolgenproblematik hierzulande dienlich sein kann). Auf das Problem hinweisend ZIMMER, § 1 N. 419. Vgl. auch infra KAPITEL 3.

²⁸⁷ WERTENBRUCH, S. 7.

C. Unterschiedliche Rechtsfolgen bezüglich Auflagen und Bedingungen

Abschliessend ist noch auf eine differenzierte Ausgestaltung in den Rechtsfolgen hinzuweisen. *Im Verfahren vor der Weko*, wo lediglich wettbewerbliche Gesichtspunkte als Prüfungskriterien herangezogen werden, können Verhaltenweisen im Sinn von Art. 5 und 7 KG nur zulässig oder unzulässig sein. Anders ist die Rechtslage bei **Strukturänderungen** gemäss Art. 9 ff. KG. Dort hat der Gesetzgeber, nebst der Zulassung und Untersagung, eine weitere Rechtsfolgenalternative vorgesehen. Anstatt einen betroffenen Zusammenschluss – der die Voraussetzungen für eine Intervention erfüllt – sogleich zu verbieten, kann die Weko auch die *Zulassung unter Auflagen und Bedingungen* vorsehen. Dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** folgend steht Letztere sogar im Vordergrund, während die Untersagung von Zusammenschlüssen als ultima ratio zur Anwendung kommt²⁸⁸. „Durch die Verknüpfung von [Zulassungen] mit Auflagen und Bedingungen lassen sich im Rahmen einer flexiblen Anwendungspraxis weiterreichende Eingriffe der Wettbewerbsbehörden in der Regel vermeiden. Die Gewährleistung wirksamen Wettbewerbs wird ausser in krassen Fällen nicht eine Untersagung des Zusammenschlusses notwendig machen“²⁸⁹. Die Bedingungen und Auflagen stellen schlussendlich sicher, dass Anpassungen eines Zusammenschlussvorhabens auch tatsächlich umgesetzt werden, welche notwendig sind, damit die Prognose der möglichen Beseitigung wirksamen Wettbewerbs entfällt²⁹⁰.

Auflagen und Bedingungen können aber auch bei der **Verhaltenskontrolle** eine Rolle spielen, dort jedoch erst *im Verfahren vor dem Bundesrat als oberste politische Behörde*. Gemäss Art. 8 KG ist eine Zulassung von (durch die Wettbewerbsbehörden bereits als unzulässig erklärten) Wettbewerbsabreden bzw. Verhaltenweisen marktbeherrschender Unternehmen aus (anderen als wettbewerblichen) überwiegenden öffentlichen Interessen möglich. Dem diese Zulassung prägenden Ausnahmecharakter entsprechend schreibt Art. 31 Abs. 3 KG stets eine zeitliche Beschränkung vor und lässt allfällige Auflagen und Bedingungen zu²⁹¹.

Die Strukturkontrolle kommt im **Gegensatz** zur Verhaltenskontrolle den von ihr betroffenen Unternehmen bereits im regulären Verfahren entgegen, indem mit dem Gesetz eigentlich unvereinbare Vorhaben mittels der zusätzlichen Rechtsfolgenvariante *regelmässig* wieder auf den rechtskonformen Pfad gebracht werden können. Bei der Verhaltenskontrolle spielen die Auflagen und Bedingungen, wegen dem generellen *Ausnahmecharakter* des Verfahrens vor dem Bundesrat und der darum grundsätzlich seltenen Zulassung, lediglich eine untergeordnete Rolle. Auf den

²⁸⁸ Botschaft 1994, S. 119; BORER, Art. 10, N. 21; DÄHLER, S. 29, linke Spalte; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 48; VENTURI, S. 25; WATTER/LEHMANN, S. 873, linke Spalte; ZÄCH, N. 479.

²⁸⁹ Botschaft 1994, S. 119.

²⁹⁰ Anschaulich im Fall *Bell AG/SEG-Poulets AG*, RPW 1998/3, S. 392 ff., N. 70 ff., dargestellt. DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 48; ZÄCH, N. 479.

²⁹¹ Botschaft 1994, S. 139.

Punkt gebracht: Die Strukturkontrolle ist in ihrer Ausgestaltung prinzipiell durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit geprägt, die Verhaltenskontrolle nur ausnahmsweise. Auch hinter diesem Unterschied steckt der richtungsweisende Gedanke einer *beabsichtigten Besserstellung* der Strukturkontrolle gegenüber der Verhaltenskontrolle durch den Gesetzgeber.

D. Bedeutung und Hintergrund der Unterschiede

I. Überblick und Ansichten zum Privileg von Zusammenschlüssen

Die Erfassung einer Joint Venture-Entstehung als Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht hat je nach Einordnungsart zur *Folge*, dass ein solcher Vorgang entweder erst ab einem höheren Intensitätsgrad der Beschränkung und deshalb milder nach der Strukturkontrolle oder dann eben strenger gemäss der Verhaltenskontrolle beurteilt wird. Weiter entscheidet die Antwort auf die Erfassungsfrage darüber, ob Vorgänge dieser Art insb. vom Umstand der – durch Fristen und präventive Ausgestaltung hervorgebrachten – Rechtssicherheit profitieren oder langfristig ungewiss bleiben kann, ob ein selbst im Handelsregister eingetragenes Unternehmen schliesslich zu verbieten ist und u.U. gar nie existiert hat, woraus dem Rechtsverkehr gegebenenfalls ein Scherbenhaufen von zusätzlich zu lösenden Schwierigkeiten verbleibt. Schliesslich führt die Erfassungsproblematik dazu, dass der Verhältnismässigkeit bei der Rechtsanwendung mehr oder minder Rechnung getragen wird: Entweder kann die weitgehendste Rechtsfolge, die Untersagung, durch entsprechend entgegenkommende Auflagen und Bedingungen abgewendet werden (wie regelmässig bei der Strukturkontrolle), oder die Unzulässigkeit stellt im ordentlichen Verfahren die einzige Alternative gegenüber der Zulässigkeit dar, weshalb sich ein absehbares Verbot nicht mittels milderer Intervention vermeiden bzw. relativieren lässt (wie grundsätzlich bei der Verhaltenskontrolle). Im Hinblick auf diese **gesetzlich festgehaltenen Unterschiede** ist die **Einordnungsfrage** bei Joint Venture-Entstehungen denn auch **relevant**²⁹².

Die Ungleichbehandlung von Wettbewerbsbeschränkungen je nachdem, welcher Kontrolle diese unterstellt sind, ist im schweizerischen Recht gemäss den gezeigten Darstellungen ersichtlich. Die dahinterliegende (und in dieser Abhandlung im Grunde bereits beantwortete) *Wertungsfrage, welche Beschränkungsart – durch die jeweilige Kontrolle – im Endeffekt tatsächlich besser behandelt wird*, also wie die einzelnen Unterschiede zueinander gewichtet werden, ist jedoch *nicht unumstritten*. Eine ausführliche Auseinandersetzung sucht man bis heute vergebens.

Die Behauptung, dass Unternehmenszusammenschlüsse, die von der Strukturkontrolle erfasst werden, generell in den *Genuss von Vorteilen* kommen, ist im *Schrifttum* in Äusserungen wiederzufinden, welche auf die daraus folgende *Besserstellung* von Zusammenschlüssen gegenüber Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen *explizit* hinweisen: Als einer der ersten Autoren erkannte (und vertritt bis heute) BORER im schweizerische Recht ein entsprechendes **Privileg zugunsten von Zusammenschlussvorhaben**²⁹³. Eine entsprechende Ansicht findet sich bei STÖCKLI in seiner Wendung, wonach „das

²⁹² ZURKINDEN, S. 75.

²⁹³ BORER, S. 879 (in seiner FN. 18); BORER, Art. 5 N. 40 (in seiner FN. 252). Sinngemäss auch DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 2; HOFFET, S. 47; MARBACH, S. 122 („strengerer Schranken der Wettbewerbsabreden“); SUTER DEPLAZES, S. 14 m.w.H.; ZURKINDEN, S. 78.

Kartellgesetz [...] Unternehmenszusammenschlüssen **offensichtlich günstiger** gesinnt“ ist²⁹⁴. ZÄCH kommt zum Schluss, dass „Unternehmenskonzentrationen [...] gegenüber Unternehmenskooperationen also **privilegiert**“²⁹⁵ werden. Auch NORDMANN erwähnt sinngemäss, dass Zusammenschlüsse „**grosszügiger** beurteilt“ werden²⁹⁶. Die genannten Autoren stützen ihre Feststellungen vorwiegend auf Argumente im Bereich der Beurteilungsmassstäbe und der Fristen. Der Vollständigkeit halber muss diese Grundlage aber durch die weiteren, oben bereits gezeigten, Unterschiede insb. bezüglich den Rechtsfolgen (Auflagen und Bedingungen), ergänzt werden. Zudem verwenden sowohl STÖCKLI als auch MARBACH in diesem Kontext den Ausdruck „Konzentrationsprivileg“²⁹⁷. Eine solche Bezeichnungswahl für den hier interessierenden Sinngehalt scheint aber, aus Sicht eines geläufigeren Verständnisses, als verfrüht. Denn dem Ausdruck wird gemäss der *h.L.*²⁹⁸ eine spezifischere Bedeutung im Zusammenhang mit der Einordnungsproblematik vorbehalten. Dennoch kann an dieser Stelle auch auf all die Autoren verwiesen werden, die das Konzentrationsprivileg in jenem anderen, herkömmlicheren Sinn begreifen. Denn einem entsprechenden Verständnis ist die Ansicht einer grundsätzlichen *Privilegierung* von Zusammenschlüssen gegenüber Kartellen und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen stets *immanent*²⁹⁹.

Eine **andere Auffassung** wird tendenziell von SCHERRER vertreten. Er sieht es aufgrund der Meldepflicht, dem besonderen Genehmigungsverfahren, den kurzen Fristen und den einschneidenden Sanktionen („dies ist für Abreden nicht der Fall“) als „*unverhältnismässig*“ an, jede Joint Venture-Entstehung dem Verfahren der *Strukturkontrolle* zu unterwerfen³⁰⁰. Somit wertet der Autor die differenzierte Ausgestaltung letzterer Kontrollart gegenüber der Kartellkontrolle *implizit* als *Nachteil* für betroffene Wettbewerbsbeschränkungen. Das **Privileg** fällt *diesfalls*³⁰¹ den **Abreden** zu.

Eine solche Meinung erscheint nicht nur darum als fragwürdig, da sie durch ihren Verfasser in keiner Weise näher substantiiert wird. Vielmehr widerspricht sie nebst den expliziten Hinweisen der überwiegenden schweizerischen Dogmatik, welche die hier vertretene Auffassung einer beabsichtigten Besserstellung von Unternehmenszusammenschlüssen stützen, auch den tendenziellen Andeutungen des Gesetzgebers in der *Botschaft* selbst. So werden die Bestimmungen über **Wettbewerbsabreden** im Botschaftstext an einer Stelle als die „**verschärften**“ charakterisiert³⁰². An einer anderen Stelle wird darauf hingewiesen, „dass die

²⁹⁴ STÖCKLI, N. 595.

²⁹⁵ ZÄCH, KMU, S. 375.

²⁹⁶ NORDMANN, S. 220 m.w.H.

²⁹⁷ MARBACH, S. 124; STÖCKLI, N. 595.

²⁹⁸ FN. 338.

²⁹⁹ Vgl. hierzu auch infra KAPITEL 2: D.III.

³⁰⁰ SCHERRER, S. 333. Vgl. entsprechende Äusserungen bezüglich der *Meldepflicht* und den einschneidenden *Sanktionen* auch bei ZURKINDEN, S. 157 (in seiner FN. 754 in fine). Unklar ist bei Letzterem, welcher Kontrolle er im *Endeffekt* das Privileg zuspricht (FN. 331).

³⁰¹ Bezüglich der *Beurteilungsmassstäbe* spricht sich der Autor aber dennoch für eine Privilegierung von Zusammenschlüssen aus (SCHERRER, S. 334: „die Beurteilung von Zusammenschlüssen [ist] *weniger streng* als die Beurteilung von Wettbewerbsabreden“).

³⁰² Botschaft 1994, S. 53.

Betroffenen in der Regel ein Interesse haben, ihr Vorhaben, ein Gemeinschaftsunternehmen zu schaffen, *nicht nach den Regeln über die Wettbewerbsabreden*, sondern nach den (**grosszügigeren**) Kriterien der **Fusionskontrolle** beurteilen zu lassen³⁰³. Auch hinter solchen Äusserungen verbirgt sich der Gedanke eines tatsächlichen Privilegs zugunsten von Zusammenschlüssen.

Ähnliche Tendenzen finden sich übrigens auch im **EG-Recht**. Gewisse Unterschiede zum schweizerischen Recht bleiben aber zu beachten³⁰⁴, die insb. seit der *letzten grossen Revision* der FKVO stärker ausgeprägt sind und teils auch das Privileg relativieren. Im *Grünbuch* dieser Revision findet man, im Rahmen der Änderungsvariante, welche sich schliesslich durchgesetzt hat, die Äusserung der EU-Kommission, dass eine bestimmte Joint Venture-Art, welche nebst Vollfunktionseigenschaft auch kartellarisch geprägt ist (sog. kooperatives Vollfunktions-Joint Venture), bei ihrer Unterstellung unter die Verfahrensvorschriften der FKVO „von den kurzen Fristen und anderen Verfahrensvorteilen der Fusionskontrollverordnung **profitieren**“ würde³⁰⁵. Seit Inkrafttreten der Revision ist dieser Verfahrensunterschied (*aber ausschliesslich*) für entsprechend geartete Joint Ventures im EG-Recht folglich insofern irrelevant, als das Verfahren und damit auch die Fristen für solche und reine Vollfunktions-Joint Ventures vereinheitlicht wurden. Zudem ist wohl anzunehmen, dass die Bedingungen und Auflagen dann zusätzlich auf die kartellarischen Bereiche angewendet werden können, womit auch diese Unterscheidung wegfällt. In solchen Fällen bleibt immerhin die entsprechende Wertung hinter den restlichen Differenzen zwischen Struktur- und Verhaltenskontrolle wie bis anhin bestehen. So sorgt beispielsweise Art. 2 Abs. 4 FKVO dafür, dass die Beurteilungskriterien der Kartellkontrolle weiterhin zur Anwendung kommen. In diesem Zusammenhang kann pauschal auf die Äusserung EMMERICHs und IMMENGAS verwiesen werden, wonach Beteiligte an einem Joint Venture „**zahlreiche Vorteile**“ geniessen, worunter diese auch den Beurteilungsmassstab („hohe Eingriffsschwellen“) verstehen³⁰⁶. Wie zu sehen ist, wurde das Privileg zugunsten von Zusammenschlüssen durch die Revision bloss abgeschwächt, nicht jedoch beseitigt. Darüberhinaus bleibt zu beachten, dass die neue Regelung ausschliesslich für kooperative Vollfunktions-Joint Ventures gilt und in allen verbleibenden Fällen die Situation unverändert bleibt.

Weiter scheint ZURKINDEN gehen zu wollen; äussert sich dieser doch zusätzlich bezüglich der **Beurteilungsmassstäbe kritisch** einem EU-Privileg gegenüber³⁰⁷. Ihm zufolge „begegnete“ die EU-Kommission (dem „Vorwurf“) der Privilegierung bereits im Jahre 1993 durch den Erlass der Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 EGV, heute

³⁰³ Botschaft 1994, S. 84.

³⁰⁴ Entsprechend (jeweils ohne näher darauf einzugehen) BORER, S. 879 (linke Spalte), und MARBACH, S. 124.

³⁰⁵ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 114. Vgl. auch die N. 102 ff. und 108 lit. b.

³⁰⁶ EMMERICH, S. 268; IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 10 f. Vgl. auch das Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 114; MEIER-SCHATZ, S. 153; SCHERF, S. 245, rechte Spalte.

³⁰⁷ ZURKINDEN, S. 82.

ersetzt durch die Bekanntmachung über horizontale Zusammenarbeit³⁰⁸. Der Autor geht im Folgenden (im Gegensatz zum Fristenproblem) nicht mehr weiter auf die Unterscheidung der Beurteilungsmassstäbe ein. Dies *deutet darauf hin*, dass er das EU-Privileg diesbezüglich bereits seit dem Jahre 1993 (anders als beim Fristenproblem)³⁰⁹ als *widerlegt glaubt*. Auch wenn seinen Überlegungen bezüglich der „Lockerung der materiellrechtlichen Beurteilung“³¹⁰ im Grundsatz zuzustimmen ist, darf dies nicht dazu führen, das Zusammenschlussprivileg als widerlegt zu verstehen. Denn selbst bei Berücksichtigung der neusten Verordnungen über horizontale bzw. vertikale Vereinbarungen und den dazugehörigen Bekanntmachungen³¹¹, wo teils ein gemeinsamer Marktanteil von *bis zu 30%* als unproblematisch anerkannt wird³¹², ist stets zu bedenken, dass solche Vorschriften ausschliesslich auf bestimmte und partielle Vereinbarungen wie beispielsweise Spezialisierungsvereinbarungen oder Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen anwendbar sind und gelegentlich auch zeitlich beschränkt werden³¹³. Zudem erwähnte die EU-Kommission noch 1996 explizit das Bestehen einer entsprechenden materiellen Unterscheidung³¹⁴. Auch ist in Anbetracht der bereits gezeigten Gegenüberstellung zwischen der Kartell- und der Strukturkontrolle, wonach eine Abgrenzung auf Ebene der *jeweils tiefsten Werte* vorzunehmen ist³¹⁵, eine generelle Beseitigung der Unterschiede zwischen den beiden Kontrollarten auch im EG-Recht als unbegründet anzusehen.

Eine weitere Relativierung könnte der Privilegierungsgedanke im EG-Recht durch den Umstand erfahren, dass das im europäischen Wettbewerbsrecht grundsätzlich geltende **Verbotsprinzip** (während bei der entsprechenden schweizerischen Kontrolle das Missbrauchsprinzip zur Anwendung kommt und daher aus heutiger Perspektive das europäische System prinzipiell das strengere ist)³¹⁶ laut dem *Weissbuch* und Entwurf zur bevorstehenden Revision – der Vorschriften zur

³⁰⁸ Bekanntmachung der EU-Kommission über kooperative Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1993 C 43/2 ff.; Bekanntmachung der EU-Kommission über horizontale Zusammenarbeit, ABl 2001 C 3/2 ff. (insb. S. 2 N. 8 i.V.m. N. 5). Vgl. zum Ganzen ZURKINDEN, S. 82.

³⁰⁹ ZURKINDEN, S. 83.

³¹⁰ ZURKINDEN, S. 82.

³¹¹ Zu den horizontalen Vereinbarungen: VO (EG) Nr. 2658/2000, VO (EG) Nr. 2659/2000 und die dazugehörige Bekanntmachung, zitiert in FN. 308. Zu den vertikalen Vereinbarungen: VO (EG) Nr. 2790/1999 und die Bekanntmachung der EU-Kommission über vertikale Beschränkungen, ABl 2000 C 291/1 ff.

³¹² Vgl. beispielsweise Art. 3 VO (EG) Nr. 2790/1999 (30%), Art. 4 VO (EG) Nr. 2659/2000 (25%) und Art. 4 VO (EG) Nr. 2658/2000 (20%).

³¹³ So z.B. vorgesehen bei Art. 4 Abs. 1 VO (EG) 2659/2000.

³¹⁴ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N 102 ff., 105, 114 und 121. Unterschiede bestehen auch weiterhin, da durch die schlussendlich gewählte Revisionsvariante nicht auch materielle Unterschiede beseitigt worden sind.

³¹⁵ Supra KAPITEL 2: A.II.

³¹⁶ Vgl. beispielsweise BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 18; BORER, S. 879, linke Spalte („Das im schweizerischen Wettbewerbsrecht als Basis dienende Missbrauchsprinzip hat nämlich zur Folge, das Wettbewerbsabreden im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht der Europäischen Union grundsätzlich nicht verboten, sondern zulässig sind. Folglich besteht für die Gründer eines als kooperativ eingestuftes Gemeinschaftsunternehmens *nach schweizerischem Recht kein Anlass, im vornherein ein ähnlich umfassendes wettbewerbsrechtliches Abwehrdispositiv* wie im europäischen Kartellrecht zu erstellen“); CHABLOZ, S. 32 f.; ZÄCH, N. 107. Zu bemerken ist, dass auch das schweizerische Kartellrecht Regelungen enthält, die dem Verbotsprinzip entsprechen: Art. 5 Abs. 2 lit. b KG entspricht Art. 81 Abs. 3 lit. b EGV.

Anwendung der Art. 81 f. EGV – **entschärft** werden soll, indem auf Seite der Verhaltenskontrolle eine *Legalausnahme i.V.m. einer nachträglichen Kontrolle* vorgesehen wird³¹⁷. Dadurch würden sich das europäische und das schweizerische Wettbewerbsrecht einander weiter annähern. Die Prinzipien spielen hier insofern eine Rolle, als sie den Beurteilungsmassstäben zugrunde liegen und diese im Grundsatz prägen. Dass somit aber gleich eine *Auflösung* der besagten Privilegierungswertung bewirkt würde, scheint aus heutiger Sicht als unwahrscheinlich. Das Privileg kann, wie am Beispiel der Schweiz zu sehen ist, genauso beim Missbrauchsprinzip fortbestehen. Darum gilt es nicht als erwiesen, dass durch einen solchen (zwar grundlegenden) Systemwechsel ohne weiteres auch der Beurteilungsmassstab der Verhaltenskontrolle als milder oder wenigstens gleich einzustufen wäre wie jener der Zusammenschlusskontrolle; dies hängt vielmehr von der konkreten Ausgestaltung der sich im Endeffekt durchsetzenden Revision ab³¹⁸.

Die meisten **Kritiker eines Privilegs** zugunsten der Zusammenschlüsse stützen ihre Argumente **nicht** wie hier auf eine **materielle Grundlage**, sondern zuweilen auf fadenscheinige, meist formelle Begründungen ab, welchen so nicht zu folgen ist³¹⁹.

II. Beweggründe für eine unterschiedliche Ausgestaltung der Kontrollen

Die Beweggründe des *Gesetzgebers*, die Strukturkontrolle formell und insb. auch materiell anders auszugestalten als die beiden Verhaltenskontrollen, sind in erster Linie dem *Botschaftstext zum KG* zu entnehmen: Diesem zufolge sind Strukturveränderungen nämlich „Ausdruck der **Anpassungsfähigkeit schweizerischer Unternehmen an die sich laufend verändernden Rahmenbedingungen**. Vielfach werden mittels Fusionen und Übernahmen Grössen- oder Verbundvorteile realisiert (economies of scale bzw. economies of scope). Auf diese Weise kann ein verbesserter Ressourceneinsatz erreicht und damit die betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Effizienz erhöht werden. Durch Optimierung der Betriebsgrössen steigt zudem die internationale Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen. [...] Fusionskontrolle will in keiner Weise *legitime Bestreben* der Unternehmen nach betriebswirtschaftlich optimalen Grössen oder nach Stärkung ihrer internationalen Wettbewerbskraft in Frage stellen. Die Regelung [der Strukturkontrolle] hält [in Art. 10 Abs. 4 KG] denn auch ausdrücklich fest, dass bei der Beurteilung der

³¹⁷ Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EGV, ABI 1999 C 132/1, N. 69 (insb.: „Ausnahmeregelung zur **Milderung** des Verbotsprinzips“); *Weit reichende Kartellrechtsreform der EU – Kommission legt ehrgeizigen Entwurf vor*, in: NZZ vom 28. September 2000 (226), S. 21; *Keine wirtschaftliche Freiheit ohne Wettbewerb – Ulf Böge - neuer Chef des deutschen Kartellamtes*, in: NZZ vom 2. Mai 2000 (101), S. 21. Vgl. auch den *Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag niedergelegten Wettbewerbsregeln*, 27. September 2000 KOM(2000) 582 endgültig.

³¹⁸ BORER, Art. 1 N. 7 ff.

³¹⁹ So führt z.B. LOHSE, S. 51, an, dass ein Unterschied zwischen Zusammenschlüssen und Kartellen schon deshalb nicht bestünde, da bei Letzteren ebenso die Marktanteile eine Rolle spielen. Dies wird grundsätzlich jedoch von niemandem bestritten. Die Autorin geht auf einen materiellen Vergleich der jeweiligen Marktanteilsgrößen (wie in supra KAPITEL 2: A.II gezeigt) überhaupt nicht ein. Ein solches undifferenziertes Argument kann nicht überzeugen. Vgl. ergänzend auch bei FN. 510.

Auswirkungen eines Zusammenschlusses auf die Wirksamkeit des Wettbewerbs die Marktentwicklung sowie die Stellung der Unternehmen im internationalen Wettbewerb zu berücksichtigen sind. Das Konzept des **wirksamen Wettbewerbs** erlaubt nicht nur die Berücksichtigung solcher Gesichtspunkte, sondern *es erfordert sie*³²⁰. Denn genauer betrachtet werden durch die Erfordernisse gemäss Art. 10 Abs. 4 KG, wo die Beachtung weiterer tatsächlicher Umstände verlangt wird, Übermachterosions- bzw. Fortschrittsfunktionen des Marktes mit berücksichtigt, welche dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs (bereits) immanent sind³²¹.

Die Berücksichtigung der Stellung schweizerischer Unternehmen auf den *internationalen Märkten*, ist „in einem gewissen Sinne auch [eine] **industriepolitisch motivierte Anweisung** [des Gesetzgebers] an die [rechtsanwendende] Wettbewerbskommission“³²². Durch die Erwähnung der *Marktentwicklung* verfolgt der Gesetzgeber nebst der Absicht, dass sich Unternehmen auf bereits bestehenden dynamischen Märkten mittels Zusammenschlüssen an die jeweilige sich schnell ändernde Lage anpassen können, gleichzeitig auch, die **Deregulierung** staatlicher und privater Marktzutrittsschranken voranzutreiben: Auf offenen, frei zugänglichen Märkten werden in der Regel Forschung und Fortschritt dank des – nicht zuletzt auch auf die Steigerung *potentieller* Wettbewerber zurückzuführenden – hohen Konkurrenzdrucks stets von neuem belebt bzw. die Märkte dynamisch gestaltet³²³. Im Gegensatz zu regulierten Märkten, wo die Gefahr der Entstehung marktbeherrschender

³²⁰ Botschaft 1994, S. 53 f. Vgl. auch den *Jahresbericht der Weko*, RPW 1997/4, S. 414 („Grösse [ist] an und für sich nichts Verwerfliches“); HOFFET, S. 47; MARBACH, S. 115 f., der insb. auf das „sich wie ein roter Faden durch das ganze Fusionskontrollrecht“ ziehende *Spannungsfeld* hinweist, welches sich zwischen der grundsätzlich förderungswürdigen Absicht der Unternehmen nach betriebswirtschaftlichem Wachstum einerseits und der Unterbindung von Vorhaben andererseits abzeichnet, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird. „Der Gesetzgeber war sich [dieses Spannungsfeldes] auch bewusst, und er hat *deshalb* die Voraussetzungen staatlicher *Strukturkontrolle bewusst hoch angesetzt*. Ähnlich auch MEESEN, S. 909: Es „sollten alle Gemeinschaftsunternehmen einem einheitlichen Massstab, der [...] auf die *Förderung dynamischen Wettbewerbs* ausgerichtet ist, unterworfen werden“.

Zur Bedeutung der Berücksichtigung der Unternehmensstellung im internationalen Wettbewerb kann auf den Entscheid *Coop/EPA*, RPW 2002/3, S. 505 ff., N. 49 lit. d, verwiesen werden: „Der Markteintritt der französischen Carrefour, die mit 40 % an Jumbo beteiligt ist und diese Beteiligung in den kommenden Jahren auf 50 % ausbauen wird, zieht einen neuen Wettbewerbsdruck nach sich. Der Eintritt hat die Anzahl Wettbewerber auf dem schweizerischen Markt nicht erhöht. Trotzdem wird von den Konkurrenten, infolge der grossen Finanzkraft der *französischen Detailhandelskette [Carrefour]*, ein höherer Wettbewerbsdruck erwartet“.

³²¹ Vgl. näheres zum Konzept des wirksamen Wettbewerbs supra KAPITEL 2: A.I. Zur besseren Veranschaulichung vgl. betreffend der *Marktentwicklung* den Fall *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 126 ff. (Berücksichtigung bestehender Fortschrittsfunktionen), und zur Beachtung der Stellung im *internationalen Umfeld* den Fall *Merial*, RPW 1997/3, S. 350 ff., N. 33 (Berücksichtigung bestehender Übermachterosionsfunktionen).

³²² BORER, Art. 10 N. 17. So explizit auch ZURKINDEN, S. 260 und 264. Ähnlich industriepolitisch argumentierend auch schon WOHLMANN, *Deregulierung*, S. 189, rechte Spalte, welcher insb. die Exportindustrie als unproblematisch im Sinne der Zusammenschlusskontrolle sieht. Der Gesetzgeber bemerkt in diesem Zusammenhang in der Botschaft 1994, S. 119, dass auf internationalen Märkten auch eine für schweizerische Verhältnisse kritische Unternehmensgrösse erforderlich werden kann, auch wenn sie durch einen Zusammenschluss zustande gekommen ist. Vgl. bereits bei FN. 239.

Auch die Wettbewerbsordnung der EU scheint in Ansätzen durch solches industriepolitisches Gedankengut geprägt zu sein, wie z.B. der Äusserung bei KLING/ADKINS, S. 1, zu entnehmen ist, dass das Wettbewerbsrecht auch die Regelung enthält, „to ensure that *EC industry* has an innovative competitive base and is able to compete on a global level“.

³²³ Botschaft 1994, S. 54.

Positionen gross ist, da es dort regelmässig an genügender Marktentwicklung fehlt (statische Tendenzen), verliert die Strukturkontrolle auf deregulierten Handelsplätzen wegen der vereinfachten Marktzugänglichkeit an Bedeutung³²⁴.

ZÄCH zufolge liegt der Grund, weshalb Unternehmenszusammenschlüsse gegenüber den anderen Wettbewerbsbeschränkungen anders behandelt – d.h. privilegiert – werden, darin, „dass Kooperationen aus Solidaritätsgründen oft die Weiterführung ineffizienter Unternehmen zu Lasten der Volkswirtschaft und dadurch die Vereinnahmung von Kartellrenten durch die effizienten Unternehmen bewirken. Dagegen ist der neue Eigentümer im Fall der Konzentration aufgrund des noch immer vorhandenen Wettbewerbsdrucks gezwungen, ineffiziente Unternehmensteile abzustossen oder stillzulegen“³²⁵.

Die Privilegierung, insb. die höhere Eingreifschwelle der Zusammenschlusskontrolle gegenüber der Verhaltenskontrolle entspricht auch dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit*³²⁶. Denn die Folgemassnahmen bei einem allfälligen Verstoss gegen Verhaltensbestimmungen wie beispielsweise Kontrahierungspflichten, sind für die betroffenen Unternehmen grundsätzlich weniger einschneidend als die Konsequenzen, die ein Verstoss gegen Zusammenschlussbestimmungen nach sich ziehen wie etwa die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens³²⁷.

Nicht bloss zufällig stimmen die meisten dieser Motive weitgehend mit den bereits aufgeführten *wirtschaftlichen Vorteilen* überein, welche sich aus Sicht des Wettbewerbs durch eine Joint Venture-Entstehung einstellen können³²⁸. Hinter all den Motiven steckt die einheitliche Absicht des Gesetzgebers, Zusammenschlüsse gegenüber anderen Formen von Wettbewerbsbeschränkungen *bis hin zum gezeigten Unterscheidungsgrad* zu **fördern**, da die dadurch bewirkten Strukturänderungen einem gut funktionierenden Wettbewerb immanent, mitunter für diesen (bis zum jeweils höher angelegten Grad des Beurteilungsmassstabs, der Rechtssicherheit bzw. der Verhältnismässigkeit) vorteilhaft sind³²⁹. So meint der Gesetzgeber denn auch abschliessend: „Auf dynamischen Märkten, die in aller Regel auch durch internationalen Wettbewerb gekennzeichnet sind, *erscheinen Fusionen [...] nicht nur als gerechtfertigte, sondern sogar als erwünschte Strategien* der Unternehmen, sich in ihrer Grösse und Struktur den sich wandelnden Verhältnissen anzupassen“³³⁰. Mag

³²⁴ Botschaft 1994, S. 54. DEISS, S. 33, linke Spalte, m.w.H. (vgl. auch an derselben Stelle: „Ce qui compte, a nouveau, c’est l’ouverture du marché, en l’occurrence l’accessibilité du marché suisse aux concurrents étrangers“). In diesem Sinne auch schon FN. 237.

³²⁵ ZÄCH, KMu, S. 375 f.

³²⁶ Sinngemäss ZÄCH, N. 457.

³²⁷ ZÄCH, N. 457.

³²⁸ Supra KAPITEL 1: C.II (siehe im Besonderen auch die FN. 114).

³²⁹ Vgl. bereits bei FN. 179, 320 und 321 (Übermachterosionsfunktion). Nordmann, S. 114: „Zusammenschlüsse [werden] als Ausdruck eines *dynamischen* Umstrukturierungsprozesses der Wirtschaft angesehen“. Ähnlich auch bei WATTER/LEHMANN, S. 872, und ZURKINDEN, S. 260, festgehalten. Nähere diesbezügliche Motive vgl. infra KAPITEL 5: D.II. Zur Grenze der Förderung von Zusammenschlüssen vgl. auch die bereits aufgeführten Nachteile einer Joint Venture-Entstehung aus der Sicht des Wettbewerbs supra KAPITEL 1: C.IV.

³³⁰ Botschaft 1994, S. 55.

sein, dass die Förderungsabsicht dergestalt erst aufgrund eines *politischen Kompromisses* zustande gekommen ist, damit die Einführung der Strukturkontrolle nicht am parlamentarischen Widerstand scheitere³³¹. Diese vermag aber nicht etwa, den einzelnen Bestimmungen weniger Geltung zu verleihen resp. die Förderungsabsicht zu entkräften. Denn in einem Rechtsstaat liegt es in der Natur eines jeden Gesetzes, dass es durch einen politischen Prozess überhaupt erst entsteht. Eine gegenteilige Auffassung würde zentralen demokratischen Grundsätzen (insb. dem Legalitätsprinzip) vehement widersprechen.

III. Auswirkung des Privilegs auf das Einordnungsproblem

Die Beantwortung der Frage, ob und allenfalls durch welche Bestimmungen die Entstehung eines Joint Ventures vom KG erfasst wird, kann – wegen der gezeigten Unterschiede – weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen. Diese unterschiedlichen *Konsequenzen beeinflussen direkt die Einordnungsproblematik im Zusammenhang mit der Joint Venture-Entstehung selbst* (dieser Einfluss macht sich vorwiegend auf der Ebene der Rechtsanwendung bemerkbar, also insb. über die Auslegung). Dieser Einfluss konkretisiert sich v.a. in der Frage, ob sich der Rechtsverkehr (und insb. auch Beteiligte an zu untersuchenden Vorhaben) auf den *Bestand* der Rechtseinheit 'Joint Venture' prinzipiell verlassen können soll oder eben nicht. Dahinter wiederum verbirgt sich die Frage, welche Vorgänge grundsätzlich als weniger marktschädlich zu beurteilen sind. Für den (Weiter-) Bestand eines Joint Ventures wirken sich insb. die Fristen und der privilegierte Beurteilungsmassstab gemäss der Strukturkontrolle positiv (rechtssicherheitsfördernd) aus. Je nach Argumentation wird festgelegt, welche Joint Venture-Arten (noch) privilegiert behandelt und schliesslich gefördert werden sollen. **Die Unterschiede zwischen den Kontrollarten liefern für die Einordnungsfrage wichtige Wertungshinweise.**

³³¹ So denn bei ZURKINDEN, S. 260. Unklar ist v.a., welche Kontrolle der Autor im Endeffekt als die privilegierte betrachtet: Vgl. seine Äusserungen auf S. 78, 121, 157 (insb. in seiner FN. 754 in fine), 159, 260 und 265 (i.V.m. S. 82 f.).

KAPITEL 3: Einordnungsvarianten und die jeweilige Absorptionsproblematik (bei zusammengesetzten Sachverhalten)

Bevor eine neue kartellrechtliche Einordnungskonzeption von Joint Venture-Entstehungen vorgestellt wird (KAPITEL 4), werden zur Übersicht die bedeutendsten herkömmlichen Einordnungsvarianten aufgeführt und daraus hervorgehende Schwierigkeiten erläutert (A-F).

A. Einordnungsvarianten und zusammengesetzte Sachverhalte

Bezüglich der Erfassung von kartellrechtlich relevanten Joint Venture-Vorhaben stellen sich folgende vier **Grundvarianten**:

1. All diese Vorhaben werden *ausschliesslich* von der *Verhaltenskontrolle* erfasst (so ähnlich v.a. bei der *Continental Can-* resp. *PhilipMorris*-Rechtsprechung)³³².
2. Solche Vorhaben werden ausschliesslich von der Strukturkontrolle erfasst (so ähnlich v.a. bei der sog. *Spezialitätstheorie*)³³³.
3. Ein Teil der relevanten Joint Venture-Vorhaben wird von der Verhaltenskontrolle, der andere Teil von der Strukturkontrolle erfasst (Entweder-Oder-Prinzip: so ähnlich v.a. bei der sog. *Trennungstheorie*)³³⁴.
4. Beide Kontrollarten kommen auf solche Vorhaben zur Anwendung (so ähnlich v.a. bei der *Zweischrankentheorie* bzw. *Doppelkontrolle*)³³⁵.

In reiner Form kommen diese vier Grundvarianten nie zur Anwendung; in konventionellen Einordnungslösungen werden sie stets miteinander kombiniert³³⁶.

Aus heutiger Sicht ist die Erfassungsproblematik bei Joint Ventures im Wettbewerbsrecht besser bekannt unter dem Namen der Doppelkontrolle. Dies soll aber nicht darüber hinweg täuschen, dass diese Bezeichnung weiterhin lediglich eine von mehreren möglichen Varianten der Erfassung des Joint Ventures wiedergibt. So

³³² Infra KAPITEL 3: D (und KAPITEL 5: D.III).

³³³ Infra KAPITEL 3: E.

³³⁴ Infra KAPITEL 5: C und KAPITEL 3: B.

³³⁵ Infra KAPITEL 3: C. Es ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass es zwei Arten der Doppelkontrolle zu unterscheiden gilt: Einerseits diejenige *i.w.S.* (klassisches Verständnis wie unter ersterem Verweis zu finden ist) und andererseits diejenige *i.e.S.* (infra KAPITEL 5: A). Im Schrifttum wird diese Unterscheidung oft verkannt, weshalb diesbezügliche Missverständnisse keine Seltenheit sind.

³³⁶ Infra KAPITEL 3: B–E.

führen insb. bei der Doppelkontrolle die gezeigten Unterschiede zwischen der Struktur- und der Verhaltenskontrolle zu enormen Schwierigkeiten. Demgegenüber werden sie bei der *Trennungstheorie* regelmässig vorausgesetzt. Entsprechend wird im Kontext mit letzterer Einordnungsvariante oftmals von einem sog. **Konzentrationsprivileg** gesprochen³³⁷. Dieses stützt sich auf das aus den Unterschieden resultierende Privileg zugunsten von Zusammenschlüssen *und schliesst gleichzeitig die Anwendung der Verhaltenskontrolle auf durch das Privileg bereits erfasste Joint Venture-Entstehungen aus*³³⁸. Auch darum wird bei der Doppelkontrolle selten von einem Konzentrationsprivileg gesprochen³³⁹.

Anfangs wurde darauf hingewiesen, dass *Joint Venture-Entstehungen* auch **durch Verhaltensweisen begleitet** werden können, welche, *für sich alleine* betrachtet, grundsätzlich nicht unter die Strukturkontrolle fallen würden³⁴⁰. Vielmehr könnten diese (für sich alleine) von der Verhaltenskontrolle erfasst werden. Eine Ursache, weshalb die vier Grundvarianten nicht in ihren reinen Formen zur Anwendung kommen, ist darin zu sehen, dass die Grundvarianten solchen (häufig vorkommenden) zusammengesetzten Sachverhaltslagen von vornherein nicht umfassend Rechnung tragen.

Ein– **aus Strukturänderung und Verhaltensweisen – zusammengesetzter Sachverhalt** (bekanntestes Beispiel solcher Sachverhalte ist das *kooperative Vollfunktions-Joint Venture*³⁴¹) kann graphisch wie folgt abgebildet werden:

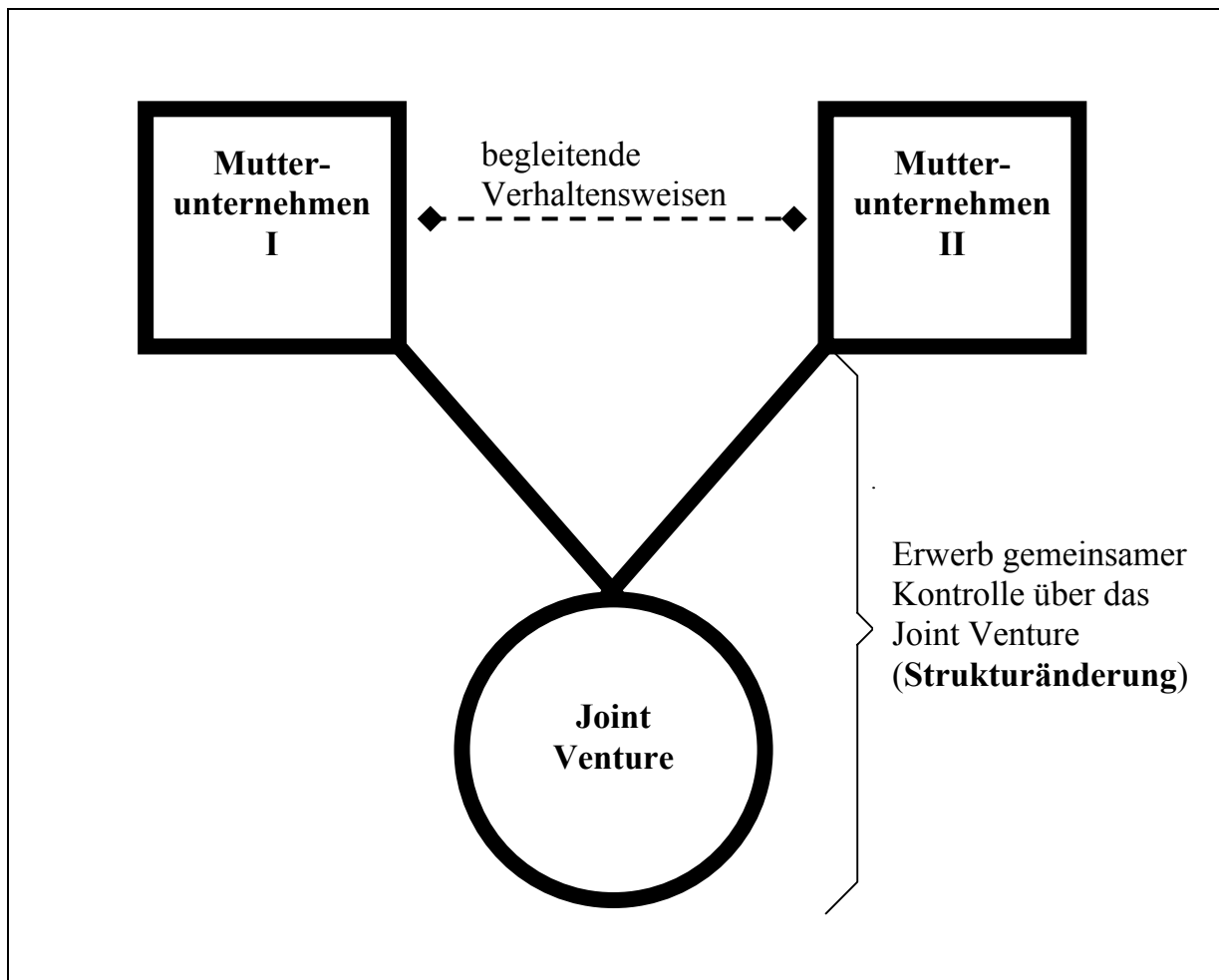
³³⁷ Infra KAPITEL 5: C.

³³⁸ BORER, S. 879; DROLSHAMMER, S. 92 f.; DUCREY, S. 136 und 146; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 3; HOFFET, Art. 5 N. 137; NORDMANN, S. 9 (in seiner FN. 39). Zum EG-Recht vgl. beispielsweise EMMERICH, S. 268; LOHSE, S. 267. Zum deutschen Recht vgl. beispielsweise BECHTOLD, §1 N. 41; BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 117 (wo ersichtlich wird, dass das 'Privileg' im deutschen Recht z.T. eine andere Bedeutung einnimmt: Rein konzentrierte Joint Ventures unterliegen nicht wie andere Joint Venture-Arten nebst der Struktur- auch der Verhaltenskontrolle und sind insofern besser dran); BUNTE, §1 N. 202 f.

³³⁹ Obwohl für Letzteres im Grunde in beschränktem Masse noch Platz bleibt, da auch diese Einordnungstheorie nicht in reiner Form vorkommt: FN. 359. Technisch betrachtet, ist dann aber auch nicht mehr von einer *reinen* Doppelkontrolle zu sprechen.

³⁴⁰ Vgl. beispielsweise schon supra KAPITEL 1: C.IV.

³⁴¹ Näheres zu den kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures bei FN. 519.



Zusammengesetzter Sachverhalt aus

- **Strukturänderung** (Joint Venture-Entstehung):
- und **begleitenden Verhaltensweisen**
 (wie Kooperationen [Art. 5 KG] oder
 missbräuchlichen Verhaltensweisen
 marktbeherrschender Unternehmen [Art. 7 KG]):



Um solchen zusammengesetzten Sachverhalten gerechter zu werden, sind die herkömmlichen Einordnungstheorien (Trennungs-, Zweischranken-, Spezialitätstheorie und die ausschliessliche Anwendung durch die Verhaltenskontrolle) gegenüber den vier (reinen) Grundvarianten weiterentwickelt worden. Dabei wirken diese weiterentwickelten Lösungen allzu oft konstruiert und aufgesetzt. Sie führen regelmässig zu weiteren Schwierigkeiten. Einige der grössten (im Schrifttum aber nicht selten unerwähnt gebliebenen) Schwierigkeiten lassen sich unter dem Begriff '**Absorptionsproblematik**' zusammenfassen. Wie sich diese Problematik bei den herkömmlichen Einordnungsvarianten zeigt, ist Gegenstand der folgenden Untersuchung. Die in dieser Abhandlung gesuchte Einordnungskonzeption

soll der Absorptionsproblematik soweit wie möglich Rechnung tragen und sie beseitigen.

B. Absorptionsproblematik bei der Trennungstheorie

Eine zentrale Rolle bei der Einordnung von Joint Venture-Entstehungen, die durch kooperative bzw. missbräuchliche Verhaltensweisen begleitet werden (zusammengesetzte Sachverhalte), nimmt heute die sog. Trennungstheorie ein. Dabei ist die klassische von der weiterentwickelten Trennungstheorie zu unterscheiden. Die klassische unterscheidet zwischen konzentrativen und kooperativen Joint Ventures; die weiterentwickelte – und heute im schweizerischen und europäischen Recht im Vordergrund stehende – Trennungstheorie unterscheidet zwischen Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures³⁴². Bei den Trennungstheorien gestaltet sich das Absorptionsproblem folgendermassen:

Bei der **klassischen Trennungstheorie** werden die kooperativen Joint Ventures-Entstehungen (also zusammengesetzte Sachverhalte, wobei hier die Kooperationen die begleitenden Verhaltensweisen darstellen) über die *begleitenden Verhaltensweisen* (Kooperationen) durch die Verhaltenskontrolle aufgegriffen. Dabei teilen die strukturändernden Elemente dieser Sachverhalte undifferenziert dasselbe Schicksal wie jenes der *begleitenden Verhaltensweisen*; die Strukturänderungen werden diesbezüglich durch die jeweiligen Kooperationen *absorbiert* (z.B. *Uniworld-Entscheid*)³⁴³. Von solchen Absorptionen sind insb. die Entstehungen von kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures betroffen, also Vorgänge, bei welchen wie auch bei der Entstehung reiner Vollfunktions-Joint Ventures beträchtliche Ressourcen von den Muttergesellschaften übertragen werden³⁴⁴. Diese Ungleichbehandlung von an sich gleichartigen Sachverhalten wird von der Lehre als stossend empfunden³⁴⁵. Die Trennungstheorie tendiert wegen der starken Dominanz des Kooperationskriteriums in Richtung der Einordnungstheorie 'ausschliessliche Erfassung durch die Verhaltenskontrolle' (D). Daneben besteht auch eine Nähe zur Doppelkontrolle. Denn bei der Frage nach der Anwendbarkeit der Strukturkontrolle erfolgt gleichzeitig die

³⁴² Zu den Theorien siehe infra KAPITEL 5: C und KAPITEL 5: D.IV.

³⁴³ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 120 (Im Zusammenhang mit einer Abklärung bezüglich der Trennungstheorie im deutschen Recht schreibt dieser: „Konsequenterweise müsste das nachträglich zur Anwendung des § 1 und damit zu *nachträglicher Unwirksamkeit und Unzulässigkeit des Gemeinschaftsunternehmens* führen“). *Uniworld*, JV/35.738, 29. Oktober 1997: In casu lag ein zusammengesetzter Sachverhalt vor (N. 54 – 57, a.a.O.), wobei tatsächlich nur die zusätzlichen Verhaltensweisen unter den Tatbestandsbereich des Art. 85 Abs. 1 EGV fielen (N. 66, a.a.O.). Da bei der anschliessenden Rechtfertigung gemäss Art. 85 Abs. 3 EGV auch mittels der Joint Venture-Entstehung argumentiert wurde, bedeutet dies immanant, dass sich die Rechtsfolgen von Art. 85 Abs. 1 EGV (ohne die Rechtfertigung im dritten Absatz) auch auf diese Strukturänderung ausgewirkt hätten, auch wenn dieser Sachverhalt vom Tatbestand derselben Bestimmung im Grunde nicht erfasst wird. Entsprechende Gedanken auch bei LOHSE, S. 102. Siehe auch ALTIN-SIEBER, S. 264 ff., und die angeführten Gedanken in der Bekanntmachung der EU-Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1994 C 385/3 N. 17, wo im Zusammenhang mit der „Gründung eines Vollfunktions-GU“ und einer damit zusammenhängenden Koordinierung folgendes festgehalten wurde: „Liegt eine derartige Beschränkung vor, prüft die Kommission die Anwendbarkeit von Artikel 85 auf das *gesamte Vorhaben* in Anwendung der Verordnung Nr. 17“.

³⁴⁴ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 100 ff. (insb. auch in der dortigen FN. 26); ALTIN-SIEBER, S. 265 f. (insb. in ihrer FN. 636). Als Beispiel kann auch hier der Fall *Uniworld*, JV/35.738, 29. Oktober 1997, N. 9, 11 ff. und 54 ff., aufgeführt werden. Vgl. auch bei FN. 519.

³⁴⁵ Vgl. z.B. BORER, Art. 4 N. 40 (insb. in seiner FN. 253) und ZURKINDEN, S. 155 (bei seiner FN. 745).

Abklärung, ob nicht begleitende Verhaltensweisen bestehen und somit eine Joint Venture-Entstehung vorliegt, die unter der Verhaltenskontrolle zu prüfen ist (sog. integrative Doppelkontrolle)³⁴⁶.

Joint Venture-Entstehungen werden bei der **weiterentwickelten Trennungstheorie**, wie erwähnt, in Teilfunktions- und Vollfunktionsvorgänge unterteilt. Bei dieser Einordnungsweise werden nun aber *alle* Vollfunktionsvorgänge (also auch die kooperativen) mittels der strukturändernden Elemente solcher Sachverhalte durch die Strukturkontrolle aufgegriffen, was dem Trennungskriterium in Art. 2 VKU bzw. Art. 3 Abs. 2 FKVO entspricht³⁴⁷. Begleitende Verhaltensweisen teilen dabei grundsätzlich dasselbe Schicksal wie die strukturändernden Elemente der zusammengesetzten Sachverhalte (*Absorption*)³⁴⁸. Die Ungleichbehandlung zwischen der Entstehung von *kooperativ geprägten* und *reinen* Vollfunktions-Joint Ventures wird damit beseitigt. Die weitergeführte Trennungstheorie tendiert damit (im Gegensatz zur klassischen Trennungstheorie) eher in Richtung der Spezialitätstheorie (E)³⁴⁹. Jedoch können die – ebenfalls strukturändernden – Teilfunktionsvorgänge allenfalls über die kooperativen Elemente solcher Sachverhalte unter die Verhaltenskontrolle fallen und so von den begleitenden Verhaltensweisen *absorbiert* werden³⁵⁰. Dies ist insb. in Fällen problematisch, wo viele Marktressourcen transferiert³⁵¹ werden, wie beispielsweise bei der Entstehung von Produktions-Joint Ventures (Teilfunktion), so dass diesbezüglich im Grunde eine ähnliche Konstellation

³⁴⁶ ALTIN-SIEBER, S. 261. Ähnlich auch ZURKINDEN, S. 83 und 155. Davon zu unterscheiden ist die ebenso stattfindende 'Doppelkontrolle' gemäss dem damaligen Art. 85 Abs. 3 EGV: z.B. LOHSE, S. 102.

³⁴⁷ Des Weiteren BORER, Art. 4 N. 45; DUCREY, S. 142; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 125. Siehe auch im Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte, 28. Juni 2000 KOM(2000) 399 endg., N. 13.

³⁴⁸ Darunter fallen u.a. auch die sog. ancillary restraints (infra KAPITEL 6: B.II). Bei dieser Einordnungstheorie werden für den Fall, dass die Schwellenwerte nicht erreicht werden, auch zusammengesetzte Sachverhalte, bei denen Vollfunktions-Joint Ventures entstehen, über deren kooperativen Bestandteile von der Verhaltenskontrolle erfasst. Dabei findet eine Absorption der strukturändernden Bestandteile statt: Vgl. dazu Art. 22 Abs. 1 FKVO und IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 10.

³⁴⁹ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 115.

³⁵⁰ Auch die Entstehung eines Teilfunktions-Joint Ventures ist durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle geprägt und damit stets auch eine Strukturänderung (FN. 683 und 778). Eine Unterordnung der Teilfunktions-Joint Venture-Entstehung unter die Verhaltenskontrolle bedeutet bei jeder entsprechenden Theorie deshalb, dass die Verhaltenskontrolle auch Strukturänderungen erfasst. Vgl. dazu z.B. den Entscheid *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220, N. 1 ff. und insb. 31 ff. (wobei in casu das strukturändernde Teilfunktions-Joint Venture bei der Entscheidung bereits aufgelöst war), oder bei DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 132 f. Siehe auch *GFU/norwegischer Erdgasverhandlungsausschuss*, COMP/36.072, 13. Juni 2001 <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=IP/01/830|0|AGED&lg=DE&display=>> (Stand: Juli 2002, besucht am 31. Juli 2002): In casu wurde eine Abrede untersucht, die in Zusammenhang mit einem Erdgasverhandlungsausschuss (Anzumerken ist, dass aus der angegebenen Quelle nicht eindeutig hervorgeht, ob es sich bei dieser Institution tatsächlich um ein Joint Venture handelt. U.a. könnte es sich auch um ein sog. 'unreines' Kartellorgan handeln [infra KAPITEL 5: D.I.4.b]), welcher für den Erdgasverkauf der einzelnen verabredeten Unternehmen zuständig war, in Verbindung stand. Verabredet wurden Preise, Mengen, sowie weitere Vertriebskonditionen. Mit der Forderung der EU-Kommission, Erdgas individuell zu verkaufen, verlangt diese inhärent die Auflösung des Erdgasverhandlungsausschusses (*Absorptionswirkung* der Verhaltenskontrolle durch Erfassung der Abrede). Vorstellbar wäre aber auch, dass die einzelnen Unternehmen ihr Gas weiter über den Verhandlungsausschuss vertreiben, ohne gleichzeitig Preise, Mengen oder andere Konditionen aufeinander abzustimmen.

³⁵¹ Zur Transferierung von Marktressourcen vgl. infra KAPITEL 5: D.I.2.a.

wie bei der klassischen Trennungstheorie – dort im Zusammenhang mit den kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures – vorliegt³⁵².

³⁵² Vgl. dazu FN. 780.

C. Absorptionsproblematik bei der Zweischränkentheorie (Doppelkontrolle i.w.S.)

Die Zweischränkentheorie wird vorwiegend im **deutschen Kartellrecht** vertreten. Darunter wird verstanden, dass auf die Entstehung von Joint Ventures sowohl die Zusammenschlusskontrolle als auch das Kartellverbot angewendet werden können, wie der deutsche Bundesgerichtshof bereits in seinem *Mischwerke*-Beschluss festgehalten hat³⁵³. Auch hier knüpfen die jeweiligen Kontrollen nur an den für sie relevanten Elementen von Sachverhalten an, welche sowohl durch Strukturänderungen als auch durch begleitende Verhaltensweisen geprägt sind: Werden solche Sachverhalte durch die Verhaltenskontrolle erfasst, teilen die strukturändernden Elemente dasselbe Schicksal wie die erfassten kooperativen Elemente (*Absorption*); werden solche zusammengesetzten Sachverhalte durch die Strukturkontrolle erfasst, teilen die begleitenden Verhaltensweisen dasselbe Schicksal wie die erfassten strukturändernden Elemente (*Absorption*)³⁵⁴. Da die Kontrollen bei solchen Sachverhalten *nicht an genau denselben Vorgängen anknüpfen*³⁵⁵ – sehr wohl aber *derselbe* zusammengesetzte Sachverhalt vollumfänglich von beiden (positiven oder negativen) *Rechtsfolgen* der Kontrollen erfasst werden kann –, kann auch nicht von einer Doppelkontrolle i.e.S. gesprochen werden – wo ein und derselbe Sachverhalt mehreren Kontrollen unterliegt³⁵⁶. Da sich für die Zweischränkentheorie auch die Bezeichnung 'Doppelkontrolle' eingebürgert hat³⁵⁷, ist es aus Gründen der Klarheit vorzuziehen, in diesem Zusammenhang von einer **Doppelkontrolle i.w.S.** zu sprechen³⁵⁸. Zu bemerken bleibt, dass auch diese in Deutschland angewendete Doppelkontrolle nicht in ihrer reinen Form zur Geltung kommt. So werden u.U. einige Vorgänge auch ausschliesslich von der Strukturkontrolle erfasst, womit sich diese Einordnungsweise der Trennungstheorie (mit ihrem Konzentrationsprivileg) annähert³⁵⁹.

In diesem Kontext ist insb. die von WERTENBRUCH erarbeitete Einordnungslösung für das deutsche Recht interessant: Dieser befürwortet – unter Beibehalt der Doppelkontrolle (i.w.S.) und einer konsequenten Anwendung der

³⁵³ BGHZ 96, 69, 77. Vgl. auch BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 115; BUNTE, § 1 N. 203; EMMERICH, S. 265; MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 73 (m.w.H. auf die deutsche Rechtsprechung); ZIMMER, § 1 N. 403; ZURKINDEN, S. 153 f.

³⁵⁴ Ersichtlich aus den Gedanken bei BUNTE, § 1 N. 203; vgl. auch BGHZ 96, 69, 80 ff., 83 f. und 87 f.

³⁵⁵ Vgl. bei FN. 845.

³⁵⁶ Infra KAPITEL 5: A.

³⁵⁷ Vgl. z.B. bei MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 73; ZIMMER, § 1 N. 403.

³⁵⁸ Dass die Lehre bei der Begriffsverwendung 'Doppelkontrolle' in der Regel von einer Doppelkontrolle i.w.S. ausgeht, wird z.B. bei ZÄCH ersichtlich: Bei N. 429 f. spricht dieser von einer Doppelkontrolle bezüglich der Verhaltens- und der Strukturkontrolle. Wäre darunter eine Doppelkontrolle i.e.S. zu verstehen (also dass genau derselbe Sachverhalt durch beide Kontrollarten erfasst würde), so wären die Ausführungen bei ZÄCH, N. 358, über eine subsidiäre Anwendung des Art. 7 KG auf strukturändernde Vorgänge (Marktstrukturmissbrauch) sinn- und gegenstandslos, da strukturändernde Vorgänge dann ohnehin bereits durch die Verhaltenskontrolle (Art. 7 KG) erfasst wären.

³⁵⁹ EMMERICH, S. 265. Dies gilt im deutschen Kartellrecht nicht in genereller Weise; vielmehr muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob tatsächlich keine Koordinierung stattfindet: BGHZ 96, 69, 79; BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 117 f.; BUNTE, § 1 N. 203; ZIMMER, § 1 N. 414.

Fusionskontrollfristen auf alle entsprechende Vorhaben – eine teleologische Reduktion der Rechtsfolgen bei der Verhaltenskontrolle bezüglich der Entstehung von Joint Ventures³⁶⁰. Dadurch wird die Absorption von strukturändernden Elementen zusammengesetzter Sachverhalte durch die Verhaltenskontrolle verhindert, womit das geschilderte Rechtsfolgenproblem beseitigt wird und Rechtssicherheit entsteht³⁶¹. Eine *Absorption* ist lediglich noch möglich, wenn strukturändernde Elemente zusammengesetzter Sachverhalte durch die Strukturkontrolle erfasst werden. Die kooperativen Elemente solcher Sachverhalte teilen dann dasselbe Schicksal wie die strukturändernden.

Aber auch im **EG-Recht** finden sich Ansätze der Doppelkontrolle (i.w.S.): Die weiterentwickelte Trennungstheorie wird durch die Bestimmung in **Art. 2 Abs. 4 FKVO** ergänzt³⁶². Dieser zufolge müssen die kooperativen Elemente bei einem Zusammenschluss mittels der Verhaltenskontrolle beurteilt werden (eine Absorption der kooperativen Elemente durch die Strukturkontrolle wird somit ausgeschlossen). Durch eine Prüfung im Rahmen der Strukturkontrolle finden auf die kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures dieselben *Verfahrensvorschriften (insb. die Fristen)* Anwendung wie auf die reinen Vollfunktionsvorgänge³⁶³. Materiell aber werden solche zusammengesetzten Sachverhalte dann zusätzlich wegen ihrer kooperativen Prägung gemäss der (strengerer) Verhaltenskontrolle beurteilt, wobei auch hier die strukturändernden Elemente solcher Sachverhalte das gleiche Schicksal teilen wie die kooperativen (*Absorption*) – wie u.a. den Entscheiden der EU-Kommission zu entnehmen ist³⁶⁴. Die Lösung im EG-Recht bleibt dadurch der klassischen Trennungstheorie (bis auf die einheitlichen Verfahrensvorschriften) grösstenteils treu; wegen der Angleichung der Verfahrensvorschriften findet auf Vorgänge wie jene der Entstehung kooperativer Vollfunktions-Joint Ventures eine Doppelkontrolle i.w.S. Anwendung. Denn auch hier knüpfen die Kontrollen nicht an genau dieselben Vorgängen an. Es findet weiterhin eine Diskriminierung kooperativer Vollfunktions-Joint Ventures – wie schon bei der klassischen Trennungstheorie vor der letzten EG-

³⁶⁰ WERTENBRUCH, S. 15 ff. und 35 ff.

³⁶¹ Supra KAPITEL 2: B.II.

³⁶² LÜDER, S. 55; ZÄCH, N. 429 (bei seiner FN. 843).

³⁶³ BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 121 (insb. zur unbefristeten Freistellung gemäss Art. 81 Abs. 3 EGV); IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 4 ff. Zu den Verfahrensunterschieden vgl. bereits KAPITEL 2: B.

Anzumerken ist, dass bereits vor der letzten grossen Revision der FKVO eine interne zweimonatige Frist zur Anwendung kam, die aber noch immer keine völlige Gleichbehandlung zwischen reinen und kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures gewährleistet hat: Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 101; ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636).

³⁶⁴ Dass von den Folgen der Verhaltenskontrolle auch die strukturändernden Bestandteile zusammengesetzter Sachverhalte betroffen und damit absorbiert werden, geht explizit bereits aus der Formulierung in Art. 8 Abs. 2 und 3 FKVO hervor. Vgl. das Vorgehen der EU-Kommission z.B. in: *Chemag/Beiselen/BayWa*, COMP/JV.35, 1. Februar 2000, N. 20 ff. (insb. N. 26); *PanAgora/DG Bank*, IV/JV.14, 26. November 1998, N. 27 ff.; *WSI Webseek*, IV/JV.8, 28. September 1998, N. 29 ff. Unter neuem Recht ergingen bis dato noch keine Entscheide gemäss Art. 8 Abs. 3 FKVO i.V.m. einem Joint Venture hervor (<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_dec_type_art_8_3.html> [Stand: Juli 2002, besucht am 31. Juli 2002]), wo die Absorption deutlicher zum Vorschein käme. Ansatzweise bereits im Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 113 f. Vgl. des Weiteren auch LÜDER, S. 55 ff. (insb. S. 57) und S. 80.

Kartellrechtsrevision – statt³⁶⁵. Diese inkonsequente Lösungssuche im EG-Recht nach einer angemessenen Erfassung der Joint Venture-Entstehungen mag nicht zuletzt die immer lauter werdenden Zweifel an der Tauglichkeit der Trennungstheorie, die Anwendungsbereiche der Verhaltens- und der Strukturkontrolle voneinander abzugrenzen, bekräftigen³⁶⁶.

Von einem Teil der Lehre zum **schweizerischen Kartellrecht** wird – nebst der grundsätzlichen (weiterentwickelten) Trennungstheorie – auch vertreten, (nur) die zusammengesetzten Sachverhalte einer Doppelkontrolle (i.w.S.) zu unterwerfen³⁶⁷. Dabei wird in der Regel gefordert, dass wegen des engen Sachzusammenhangs der strukturändernden und der kooperativen Elemente zusammengesetzter Sachverhalte – wie im EG-Recht – beide Kontrollen im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen abschliessend zu beurteilen sind (einheitliche Verfahrensvorschriften)³⁶⁸.

³⁶⁵ Eine weitere Diskriminierung findet dann statt, wenn die kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures die Schwellenwerte des Art. 1 der FKVO nicht erreicht werden: So festgehalten von IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 11.

³⁶⁶ FN. 787.

³⁶⁷ SCHERRER, S. 333; SUTER DEPLAZES, S. 109 f. und 177 ff.; ZÄCH, N. 429; a.M.: BORER, Art. 4 N. 42, DUCREY, S. 142 ff.; HOFFET, Art. 5 N. 137.

³⁶⁸ SCHERRER, S. 333 f.; SUTER DEPLAZES, S. 109 ff. (wobei dieser Autor zwar eine präventive Kontrolle verlangt, jedoch auch eine repressive weiterhin zulassen will [S. 111], was dazu führt, dass das Fristenproblem nicht beseitigt wird) und 177 ff.; ZÄCH, N. 430; a.M. ZURKINDEN, S. 158.

D. Absorptionsproblematik bei ausschliesslicher Anwendung der Verhaltenskontrolle

Vor dem Erlass der FKVO wurde in der EU verschiedentlich versucht, eine Fusionskontrolle aus den bestehenden Bestimmungen herzuleiten. Bekannte Entscheide aus dieser Periode sind der sog. *Continental Can*- und der sog. *Philip Morris-Entscheid*³⁶⁹. Dabei ging es vordergründig darum, strukturändernde Sachverhalte durch die damalige (alleinige) Verhaltenskontrolle zu erfassen. Wurden die geschilderten (zusammengesetzten) Sachverhalte von einer Kontrolle über ihre strukturändernden Elemente erfasst, so teilten die begleitenden Verhaltensweisen (eigentlicher Gegenstand der Verhaltenskontrolle) als Element eines solchen Sachverhaltes dasselbe Schicksal wie Erstere, ohne dass Letztere eigenständig zu prüfen gewesen wären (*Absorption*). Dass im *Continental Can*-Entscheid die Strukturänderung als Missbrauch bezeichnet wurde³⁷⁰, ist auf eine Überinterpretation des Begriffs 'Missbrauch' zurückzuführen und führt zu Missverständnissen³⁷¹. Aus heutiger Sicht handelte es sich beim *Continental Can*-Sachverhalt nicht um eine missbräuchliche Verhaltensweise gemäss der Verhaltenskontrolle, sondern vielmehr um eine Strukturänderung, bei der eine bereits bestandene marktbeherrschende Stellung verstärkt wurde³⁷². Sollte der EuGH im *Philip Morris*-Entscheid entsprechend den Zweifeln einiger Autoren nicht direkt strukturändernde Vorgänge unter den damaligen Art. 85 EGV subsumiert haben wollen, so läge gerade eine umgekehrte Absorption vor: Die begleitenden Verhaltensweisen zusammengesetzter Sachverhalte hätten die strukturändernden Elemente *absorbiert*³⁷³.

Nicht selten wurde innerhalb dieser zwingend (da eine separate Strukturkontrolle im Sinne der FKVO noch fehlte) ausschliesslichen Anwendung der Verhaltenskontrolle weiter zwischen kooperativen und konzentrativen Joint Venture-Entstehungen unterschieden, wobei die kooperativen unter die Kartellkontrolle und die konzentrativen unter Art. 86 EGV fielen³⁷⁴. Diesbezüglich tendiert diese Einordnungstheorie in Richtung der Trennungstheorie.

Der hier vorgestellte Einordnungsansatz hat heute überall dort an Aktualität verloren, wo eine eigenständige Fusionskontrolle im Sinne der Art. 9 ff. KG, der §§ 35

³⁶⁹ EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 ff.; EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487 ff.

³⁷⁰ EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, N. 26.

³⁷¹ Botschaft 1994, S. 53: „Mit der Einführung einer Fusionskontrolle wird nicht zuletzt auch verhindert, dass die (verschärften) Bestimmungen über Wettbewerbsabreden durch Zusammenschlüsse und zusammenschlussartige Tatbestände umgangen werden, was im Ausland zeitweise dazu geführt hat, dass die Verhaltenskontrolle (eigentliches Kartellrecht) in systemwidriger Weise in Richtung Strukturkontrolle (Fusionsrecht) *ausgeweitet* wurde“.

³⁷² EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, N. 26. Im Vergleich zur Verstärkung wurde damals die *Schaffung* einer marktbeherrschenden Stellung nicht erfasst: ZÄCH, Europarecht, S. 298.

³⁷³ Dazu bei FN. 743. Vgl. auch EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487, N. 48 ff.

³⁷⁴ SCHRÖTER, S. 72 ff.; TSCHÄNI, S. 94 f. WISSEL, S. 87. In diesem Sinne auch noch nach der Einführung einer ordentlichen Fusionskontrolle unterscheidend: NORDMANN, S. 49.

ff. GWB oder der FKVO eingeführt wurde. Folgerichtig bezeichnet der schweizerische Gesetzgeber entsprechende Ausweitungen der Verhaltenskontrolle auf strukturändernde Vorgänge als systemwidrig³⁷⁵.

³⁷⁵ Botschaft 1994, S. 53.

E. Absorptionsproblematik bei der Spezialitätstheorie

Im Zusammenhang mit der Einordnungsfrage bei Joint Venture-Entstehungen wurde von einem Teil der **deutschen Rechtslehre** die sog. Spezialitätstheorie entwickelt. Danach ist die Kartellkontrolle auf strukturändernde Vorgänge (im Sinne des Anwendungsbereiches der Zusammenschlusskontrolle) grundsätzlich nicht anwendbar; die Bestimmungen der Strukturkontrolle sind insoweit als *leges speciales* anzusehen³⁷⁶. Selbst wenn die Zusammenschlusskontrolle mangels Erreichens der Schwellenwerte nicht anwendbar ist, kommt nach Ansicht einiger Autoren die Verhaltenskontrolle nicht zur Anwendung³⁷⁷. Die Spezialitätstheorie beruht auf dem Gedanken der Privilegierung von Zusammenschlüssen gegenüber den übrigen Wettbewerbsbeschränkungen³⁷⁸. Sie hat den Vorteil, dass die Bestandskraft eines Zusammenschlusses nach Ablauf der Fusionskontrollfristen auch durch eine Anwendung der Verhaltenskontrolle nicht beeinträchtigt werden kann und somit, wie schon bei der Lösung WERTENBRUCHS gesehen³⁷⁹, eine Absorption strukturändernder Elemente eines zusammengesetzten Sachverhaltes durch die Verhaltenskontrolle verunmöglicht wird³⁸⁰. Auf Joint Venture-Entstehungen finden ausschliesslich die Rechtsfolgen der Zusammenschlusskontrolle Anwendung, was unweigerlich (wie auch schon die gezeigte Lösung WERTENBRUCHS) zur Beseitigung des sog. Rechtsfolgenproblems und zu mehr Rechtssicherheit führt³⁸¹. Weiterhin können aber die begleitenden Verhaltensweisen zusammengesetzter Sachverhalte mittels der strukturändernden Elemente durch die Rechtsfolgen der Strukturkontrolle erfasst werden (*Absorption*)³⁸². Bis auf diese Absorption handelt es sich bei der

³⁷⁶ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 115; EBEL, S. 754 ff.; HUBER G., S. 378; WERTENBRUCH, S. 9. Vgl. zum EG-Recht das Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 109 (siehe bei FN. 788) und (vor der Einführung der FKVO) die Bemerkungen bei WISSEL, S. 87 f. m.w.H.

³⁷⁷ HUBER G., S. 378.

³⁷⁸ HUBER G., S. 378.

³⁷⁹ FN. 360.

³⁸⁰ WERTENBRUCH, S. 9 und 13 f.

³⁸¹ WERTENBRUCH, S. 14. Zum Rechtsfolgenproblem siehe bereits supra KAPITEL 2: B.II.

³⁸² Diesen Gedanken beinhaltet auch die Überlegung bei WERTENBRUCH, S. 9, wo er die Umgehungsmöglichkeit der Kartellkontrolle „durch Kleidung eines Kartells in die Form eines

Spezialitätstheorie um die reinste Form der Einordnungsart einer Joint Venture-Entstehung und um die bisher konsequenteste Trennung zwischen dem Anwendungsbereich der Struktur- und der Verhaltenskontrolle.

Zu beachten ist, dass die Spezialitätstheorie für das **EG-Recht** aus legalitätsrechtlichen Überlegungen gänzlich ungeeignet ist: In der EU ist die Verhaltenskontrolle primärrechtlich geregelt, während die Strukturkontrolle in einer sekundärrechtlichen Verordnung zu finden ist. Das Primärrecht genießt gegenüber dem Sekundärrecht *Vorrangwirkung*, weshalb Ersteres durch Letzteres nicht im Sinne einer *lex specialis* gehemmt werden kann³⁸³.

Zusammenschlusses“ anspricht. Das Schicksal, das dem Zusammenschluss blüht, wird auch das verdeckte Kartell teilen.

³⁸³ REHBINDER E., S. 120 m.w.H.; ZÄCH, Europarecht, S. 297: „Die Fusionskontrollverordnung enthält keine Spezialregelung, welche der Anwendung von Art. 86 und 85 in jedem Fall vorgeht“. Zur Vorrangwirkung siehe bei FN. 409.

F. Analyse und Konsequenz der Absorptionsproblematik

In Anbetracht dieser vier herkömmlichen Einordnungstheorien können **zwei Arten der Absorption** unterschieden werden: Zum einen jene, bei der strukturändernde Elemente zusammengesetzter Sachverhalte dasselbe Schicksal teilen wie die begleitenden Verhaltensweisen, die grundsätzlich vom Tatbestand der Verhaltenskontrolle erfasst werden (*Absorption durch die Verhaltenskontrolle*). Zum anderen ist jene Absorption gemeint, bei der gerade umgekehrt die begleitenden Verhaltensweisen – in der Regel kooperativen Elemente – zusammengesetzter Sachverhalte dasselbe Schicksal teilen wie die strukturändernden Elemente solcher Sachverhalte (die Joint Venture-Entstehung), die grundsätzlich vom Tatbestand der Strukturkontrolle erfasst werden (*Absorption durch die Strukturkontrolle*).

Das **Problem der Absorption** liegt darin, dass nicht alle Elemente zusammengesetzter Sachverhalte von gesetzlich adäquaten **Rechtsfolgen** erfasst werden. Unter die Rechtsfolgen von Kontrollen können auch Sachverhalte fallen, welche durch die entsprechenden Kontrolltatbestände nicht gedeckt sind. Die unter einer Kontrolle als rechtmässig deklarierten Elemente zusammengesetzter Sachverhalte können so im nachhinein von den Folgen einer anderen Kontrolle betroffen werden, was v.a. bei *zeitlich* grossen Abständen zu stossenden Ergebnissen und unverantwortbaren Rechtsunsicherheiten führt.

Im Zusammenhang mit der *Absorption durch die Verhaltenskontrolle* wird in der deutschen Rechtslehre diesbezüglich vom sog. **Rechtsfolgenproblem** gesprochen, das auf einer unterschiedlichen Regelung der *Fristen* beruht³⁸⁴. Während dieses Problem relativ einfach durch eine Fristenangleichung der Kontrollen entschärft wird, wie z.B. in der EU durch die letzte Kartellrechtsrevision geschehen, bleibt das eigentliche Absorptionsproblem – also die (*zeitlich unabhängige*) Falschzuordnung von Sachverhalten unter unadäquate Rechtsfolgen – weiterhin bestehen³⁸⁵. Bei dieser Absorptionsart findet auch ein Verstoß gegen das *Strukturprivileg* statt, sofern ein solches der Zusammenschlusskontrolle zuerkannt wird: Auf eigentlich zu privilegierende (strukturändernde) Elemente zusammengesetzter Sachverhalte, die unter der relativ geförderten Strukturkontrolle als mit dem wirksamen Wettbewerb vereinbar beurteilt werden, können die Rechtsfolgen der strengeren Verhaltenskontrolle Anwendung finden (Wertungsparadox)³⁸⁶. Schon darum ist die Anwendung der Rechtsfolgen sowohl der Strukturkontrolle als auch der Verhaltenskontrolle auf denselben Sachverhalt – wie dies klassischerweise auch bei

³⁸⁴ Supra KAPITEL 2: B.II.

³⁸⁵ Eine andere Möglichkeit – auch für das schweizerische Kartellrecht –, dem Fristenproblem entgegenzutreten, besteht darin, die *Nichtigkeit ex tunc* als Rechtsfolge (der Verhaltenskontrolle die eine Joint Venture-Entstehung absorbiert) lediglich *inter partes* gelten zu lassen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 687c m.w.H. und FN. 274). Für Dritte soll also das Joint Venture weiterbestehen, bis alle deren Forderungen gedeckt sind. Daraus würden aber wiederum viele ungelöste Folgeprobleme entspringen. Eine solche Lösung erscheint zudem als zu konstruiert, als dass sie sich praktikabel durchsetzen könnte. Aus heutiger Rechtslage erscheint eine entsprechende Variante darum als zu unrealistisch und umständlich.

³⁸⁶ Sinngemäss die Gedanken bei FN. 729 zum Wertungsparadox.

der Doppelkontrolle i.w.S. geschieht – mit dem festgestellten schweizerischen (relativen) Privileg von Zusammenschlüssen unvereinbar und darum für die Schweiz abzulehnen³⁸⁷.

Bei der **Absorption durch die Strukturkontrolle** werden beim Vorliegen eines Strukturprivilegs die strengeren (aber adäquaten) Bestimmungen der Verhaltenskontrolle **umgangen**³⁸⁸. Auf die begleitenden Verhaltensweisen zusammengesetzter Sachverhalte wirken sich die Folgen der milderer Strukturkontrolle aus.

Die Absorption strukturändernder Elemente seitens der Verhaltenskontrolle wird zu rechtfertigen versucht, indem beispielsweise gesagt wird, dass „die fortdauernde gemeinsame Inhaberschaft des GU 'an ever present opportunity for wrongdoing' darstelle“³⁸⁹. Diese Inhaberschaft soll also durch eine ausgeweitete Auswirkung der (negativen Verhaltenskontroll-) Rechtsfolgen auf das Joint Venture – gleichzeitig mit den begleitenden Verhaltensweisen – beendet bzw. „die GU-Gründung [...] insgesamt rückgängig gemacht“³⁹⁰ werden.

Betrachtet man die **chronologische Entwicklung** der einzelnen Einordnungstheorien, so können die gezeigten Theorien dem deutschen und dem EG-Recht wie folgt zugeteilt werden: Während sich das **deutsche Kartellrecht** in seinen Anfängen auch mit der *Trennungstheorie* und der *Spezialitätstheorie* auseinandersetzte, sich dann aber ziemlich bald für die *Doppelkontrolle (i.w.S.)* entschied, war die Entwicklung im **europäischen Kartellrecht** mühsamer und abwechslungsreicher. Zu Beginn fand auf Zusammenschlüsse (mangels einer separaten Zusammenschlusskontrolle) *ausschliesslich die Verhaltenskontrolle* im Sinne der Art. 85 f. (heute 81 f.) EGV Anwendung. Nach Einführung der FKVO dominierte die *Trennungstheorie*. Dabei wurden nur einige wenige Zusammenschlussformen durch die neuen Bestimmungen erfasst³⁹¹. Erst durch die letzte grosse Revision der FKVO wurde das Gewicht der Erfassung von Zusammenschlüssen auf die Fusionskontrolle verlagert, indem auf das negative Kriterium der Koordinierung bei Zusammenschlüssen verzichtet wurde (*weiterentwickelte Trennungstheorie*, die aber wegen Art. 2 Abs. 4 FKVO in Richtung einer *Doppelkontrolle i.w.S.* relativiert wurde). Dass dieser **Verlagerungsprozess** der Erfassung von Zusammenschlüssen (von der Verhaltens- auf die Strukturkontrolle) noch nicht abgeschlossen ist, zeigen die Gedanken in EU-Kommissionsdokumenten, insb. in jenen für weitere Revisionsvorhaben³⁹². Gewiss hat eine solch langsame

³⁸⁷ BORER, Art. 4 N. 42; HOFFET, Art. 5 N. 137. Vgl. schon supra KAPITEL 3: A in fine. Zum Privileg: supra KAPITEL 2.

³⁸⁸ Botschaft 1994, S. 53 (Das Umgehungsproblem sollte durch die Einführung einer effizienten Zusammenschlusskontrolle beseitigt werden. Es besteht heute aber im Sinne der Absorption durch die neu eingeführte Kontrolle fort); WERTENBRUCH, S. 9; ZÄCH, N. 429.

³⁸⁹ LÜDER, S. 80 (mit Hinweis auf einen US-amerikanischen Entscheid).

³⁹⁰ LÜDER, S. 80.

³⁹¹ SCHERF, S. 258, rechte Spalte, spricht in diesem Zusammenhang von einer *Überbetonung der Verhaltenskontrolle*.

³⁹² So z.B.: Weissbuch, ABl C 132/1, N. 81 (dazu auch bei FN. 780). Vgl. dazu auch die Bemerkung im *Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte*, 28.

Stärkung der Fusionskontrolle nicht nur korrigierende Absichten von Fehlentwicklungen (insb. des europäischen Kartellrechts), sondern auch einen politischen Hintergrund. Dies ändert aber nichts am Umstand, dass die einzelnen Entwicklungsetappen Kompromisscharakter haben und für eine Übernahme auf das schweizerische Recht grundsätzlich ungeeignet sind³⁹³. In der Schweiz fehlt es an der Tradition von mühsam entwickelten Lehrsätzen, wie sie beispielsweise aus den *Continental Can-* bzw. *Philip Morris*-Entscheiden hervorgehen. Es brauchen keine alten (teilweise auch wegen der Traditionsbehaftung entstandenen) Sünden wieder gut gemacht bzw. weiterentwickelt zu werden.

In der einen oder anderen Form findet sich das Absorptionsproblem in allen konventionellen Lösungsansätzen wieder. Keine dieser Lösungen ist in ihrer reinen Form konsequent durchgesetzt. Darin gleichen sich die verschiedenen Einordnungstheorien: Sie missen (in ihrer jeweils reinen Form) eine klare Konsistenz.

Wie zu sehen ist, können Joint Venture-Entstehungen auf verschiedenste Arten vom Kartellrecht erfasst werden. Welche Vorgehensweise dabei den schweizerischen *gesetzlichen* Besonderheiten am adäquatesten Rechnung trägt, ist Kerngegenstand dieser Abhandlung. Im Vordergrund steht ein (im Gegensatz zu herkömmlichen Lösungen v.a. des ausländischen Rechts) neuer Einordnungsvorschlag, der nach einer kurzen Darstellung (KAPITEL 4) einer ausführlichen *dogmatischen* Prüfung unterzogen und auf seine Vereinbarkeit mit der schweizerischen *Praxis* untersucht wird (KAPITEL 5 – KAPITEL 7).

Juni 2000 KOM(2000) 399 endg., N. 15. Vgl. auch bei SCHERF, S. 258, rechte Spalte, der sich gegen eine Überbetonung der Verhaltenskontrolle ausspricht.

³⁹³ Infra KAPITEL 4: A. Zum Kompromisscharakter auch FUNKE, S. 82.

KAPITEL 4: Angepasste schweizerische Einordnungsthese

A. Eigenart des schweizerischen Kartellrechts

Die Intensivierung der internationalen Wirtschaftsbeziehungen führt dazu, dass sich Unternehmen vermehrt auch mit ausländischem Wettbewerbsrecht konfrontiert sehen. Jede zusätzliche Kontrolle erhöht den administrativen bzw. finanziellen Aufwand eines Unternehmens³⁹⁴. Dies insb. dann, wenn sich die ausländischen Kartellgesetze vom schweizerischen stark unterscheiden. Die politische Absage der Schweiz vom 6. Dezember 1992 zum EWR-Abkommen hat ein konsequentes Vorgehen gegen diesen Umstand verhindert. Erst die Kartellrechtsrevision von 1995 hat die gewünschte **Annäherung** des KG an das **EG-Recht** herbeigeführt. Damit wurde nicht nur eine Anlehnung an das EG-Wettbewerbsrecht bewerkstelligt; zusätzlich wurden enge Berührungspunkte zu praktisch allen europäischen Staaten geschaffen (insb. zu *Deutschland*, dessen Wettbewerbsrecht v.a. das amerikanische Recht zum Vorbild hatte und seinerseits das EG-Recht beeinflusste), da sich die meisten dieser Staaten bei der Schaffung ihrer nationalen Kartellrechte am EG-Recht orientiert haben; Letzterem kommt deshalb eine unbestreitbare *Vorreiterrolle* zu³⁹⁵.

Der eurokompatiblen Ausgestaltung des KG wohnt der *Vorteil* inne, dass das EG-Wettbewerbsrecht auf eine lange Tradition zurückblicken kann, aus deren Erfahrung und Entwicklung das schweizerische Recht rechtsvergleichend profitieren kann³⁹⁶. Nachteile, welche auf die geringe Eigenerfahrung mit dem relativ neuen Gesetz oder die bescheidene räumliche Dimension der Schweiz und der damit einher gehenden geringen Bildung von eigenen Grenz- und Einzelfällen zurückzuführen sind, können dadurch bis zu einem gewissen Grad ausgeglichen werden. Der Ausgang eines schweizerischen Kontrollverfahrens kann deutlich besser prognostiziert werden. Auch führt die Angleichung der Rechtsordnungen zu einem geringeren Verwaltungsaufwand und generell zu mehr Rechtssicherheit, da Unternehmen, deren Vorhaben auch von weiteren europäischen Kartellgesetzen erfasst wird, dort grundsätzlich einem ähnlichen Kontrollkonzept unterstellt werden³⁹⁷.

Trotz dieser generellen Bedeutung des EG-Rechts für das schweizerische Kartellrecht „gilt bei der Auslegung der Bestimmungen des KG der Grundsatz der *autonomen Auslegung*“³⁹⁸. Im einzelnen prägen das schweizerische Kartellrecht

³⁹⁴ MARBACH, S. 116. Sinngemäss auch im Kommentar zum E-VKU, S. 2; BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 18; BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen, S. 832, linke Spalte.

³⁹⁵ Botschaft 1994, S. 62 f.; SCHERRER, S. 316.

³⁹⁶ Botschaft 1994, S. 62; DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. Art. 9-11 N. 36 f. („das rechtsvergleichende Element [könnte] zusätzliche Sicherheit [...] vermitteln“); MARBACH, S. 116 („Es macht auch im Wettbewerbsrecht keinen Sinn, das Rad neu zu erfinden“).

³⁹⁷ Kommentar zum E-VKU, S. 2; BAUDENBACHER, Vertikalbeschränkungen, S. 832, linke Spalte; MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 627; STOFFEL, Ententes, S. 8.

³⁹⁸ DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. 9-11, N. 33. Siehe auch bei MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 625: „Ces mesures ont certes été adoptées de manière autonome par la Suisse, sans y être obligée, par des engagements à l'égard de l'Union Européenne“; SCHMIDHAUSER, Art. 4 N. 27; Kommentar zum E-VKU, S.

sachliche und systematische **Abweichungen** (insb.) zum EG-Recht, worauf seine Eigenart zurückzuführen ist:

Ein **grundlegender Unterschied** liegt darin, dass das europäische Recht eine *Verbotsgesetzgebung* vorsieht, das schweizerische demgegenüber eine Missbrauchsgesetzgebung³⁹⁹.

Im Zusammenhang mit der *Begründung der abweichenden Einordnungskonzeption* von Joint Venture-Entstehungen ist jedoch die Tatsache weit *wichtiger*, dass die Kontrollen (vorwiegend auf Seite der Zusammenschlussprüfung) beider Rechtsordnungen im Detail unterschiedlich ausgestaltet sind. So stellt nebst der teilweise eigenwilligen Formulierung und Ausgestaltung des KG konkret das **zusätzliche Aufgreifkriterium** in Art. 9 Abs. 4 KG eine schweizerische Besonderheit dar⁴⁰⁰. Zusammenschlüsse, an denen sich rechtskräftig als marktbeherrschend beurteilte Unternehmen beteiligen, werden der Strukturkontrolle unterstellt, sofern die Marktbeherrschung den Markt, auf dem sich der zu untersuchende Zusammenschluss abspielt, oder einen diesem vor-, nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft.

Weiter sind auch die **Beurteilungsmassstäbe** beider Fusionskontrollen schon vom Wortlaut her verschieden (Art. 10 Abs. 2 lit. a KG und Art. 2 Abs. 3)⁴⁰¹.

Eine **Rechtfertigungsmöglichkeit** bei Zusammenschlüssen gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. b KG sieht ausschliesslich das schweizerische Gesetz vor⁴⁰².

Auch die *explizite* Regelung im vierten Absatz derselben Bestimmung gehört zur schweizerischen Eigenart, wonach bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses bereits zu Beginn der Prüfung die Stellung der Unternehmen im **internationalen Wettbewerb** zu berücksichtigen ist⁴⁰³.

2: Es „lassen sich eine Reihe von in der EU erprobten Regeln nicht ohne weiteres auf das schweizerische System übertragen“.

³⁹⁹ Dazu beispielsweise Botschaft 1994, S. 64; BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 18; DUCREY, Kartellrecht, S. 1 f. (zum alten Recht); HOFFET, Art. 5 N. 145; MARBACH, S. 117; ZÄCH, N. 107. Anzufügen ist, dass mit beiden Gesetzgebungssystemen je nach Ausgestaltung die gleichen Ziele verfolgt werden können: so zu finden bei BORER, Art. 1 N. 8 f.; STOFFEL/DEISS, S. 12 („*Les différences entre ces deux systèmes restent importantes, mais leurs conséquences pratiques ne doivent pas être surestimées*“). Eine weitere Relativierung könnte die Unterscheidung durch die angekündigte Revision erfahren, welche die Einführung eines *Legalausnahmesystems* vorsieht, wodurch die Verbotsgesetzgebung stark an das Missbrauchsprinzip angeglichen würde: Weissbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EGV, ABl 1999 C 132/1, N. 69; *Weitreichende Kartellrechtsreform der EU: Kommission legt ehrgeizigen Entwurf vor*, in: NZZ vom 28. September 2000 (226), S. 21; *Keine wirtschaftliche Freiheit ohne Wettbewerb: Ulf Böge - neuer Chef des deutschen Kartellamtes*, in: NZZ vom 2. Mai 2000 (101), S. 21; vgl. schon bei FN. 317.

⁴⁰⁰ Näheres unter infra KAPITEL 5: D.III. DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. 9-11 N. 32. Dass sich auch die quantitativ vorausgesetzten Umsätze zur Meldung eines Zusammenschlussvorhabens im Vergleich zum EG-Recht in ihrer Höhe unterscheiden, ist in diesem Zusammenhang minder erheblich. Dieser Vergleich ist jedoch bei der Unterscheidung der Verhaltens- von der Strukturkontrolle bedeutsam, wie supra KAPITEL 2: A.II (bei FN. 222) zu sehen ist.

⁴⁰¹ Siehe bereits bei FN. 241.

⁴⁰² DÄHLER, S. 28 linke Spalte; SCHERRER, S. 323; VENTURI, S. 29.

⁴⁰³ BORER, Unternehmenszusammenschlüsse, S. 84; MEIER-SCHATZ, Überblick, S. 30 (in seiner FN. 73).

Sodann hat der Verordnungsgeber mit Art. 2 Abs. 2 VKU eine helvetisch eigenständige Bestimmung geschaffen, der zufolge Vorhaben, bei denen ein Joint Venture neu gegründet wird, nur dann für die Strukturkontrolle erheblich sind, falls in das neue Unternehmen die ***Geschäftstätigkeiten von mindestens einem Mutterunternehmen einfließen***⁴⁰⁴.

Dem schweizerischen Kartellrecht geht demgegenüber eine wichtige Normierung im Zusammenhang mit dem europäischen Einordnungskonzept von Joint Ventures ab. Gemeint ist die seit der letzten grossen Revision eingeführte Regelung in **Art. 2 Abs. 4 FKVO**. Die Bestimmung wurde v.a. zur Beseitigung der Problematik bezüglich der Fristen kreiert⁴⁰⁵. Der schweizerische Gesetzgeber hat damit u.a. darauf verzichtet, bei Joint Venture-Entstehungen eine allfällig gleichzeitige Beurteilung von *Koordinierungen* unter den Mutterunternehmen davon abhängig zu machen, ob solche Verhaltensweisen auf demselben Markt des Joint Ventures oder auf einem diesem vor-, nachgelagerten, benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt stattfinden⁴⁰⁶.

Des Weiteren hat die Schweiz nicht die ***räumliche Ausdehnung*** einer EU. Sie ist mit den Schwierigkeiten einer *kleinen offenen Volkswirtschaft* konfrontiert⁴⁰⁷. Auch dieser Umstand prägt die Eigenart des schweizerischen Kartellrechts⁴⁰⁸.

Zudem fehlt dem schweizerischen Kartellrecht der formalgesetzliche Unterschied zwischen der Verhaltens- und Strukturkontrolle: Während im EG-Recht die Kartellkontrolle und die Prüfung von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im primären Gemeinschaftsrecht geregelt sind und die Fusionskontrolle im sekundären (normative „*Vorrangwirkung* des primären Gemeinschaftsrechts gegenüber dem sekundären“)⁴⁰⁹, wird in der Schweiz auch die Zusammenschlusskontrolle z.T. im KG und somit *auf derselben Gesetzesstufe* geregelt wie die Verhaltenskontrolle. Diese Umstände lassen die schweizerische Stellung der Strukturkontrolle gegenüber jener der Verhaltenskontrolle stärker erscheinen als in der EU⁴¹⁰. Werden lediglich die Zusammenschlusskontrollen betrachtet, so fällt demgegenüber auf, dass gewisse, für die Beantwortung der schweizerischen Einordnungsfrage bedeutenden Bestimmungen auf einer *tieferen Gesetzesstufe geregelt sind als die sedes materiae* dieser Kontrolle, wogegen sich entsprechende Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts mehrheitlich die gleiche Gesetzesgrundlage teilen wie die Kernregelungen der Fusionskontrolle⁴¹¹. So ist z.B. das Kriterium der

⁴⁰⁴ Vgl. dazu aber die Relativierung dieser schweizerischen Besonderheit unter (infra) KAPITEL 5: D.I.2.b.cc.

⁴⁰⁵ Supra KAPITEL 3: C und KAPITEL 3: F.

⁴⁰⁶ So aber MARBACH, S. 122. Nicht zu verwechseln ist die Formulierung in Art. 2 Abs. 4 FKVO mit jener in Art. 9 Abs. 4 KG. Letztere betrifft ausschliesslich den Zusammenhang zwischen einer Marktbeherrschung und einem Zusammenschluss (vgl. schon bei FN. 400). Näheres findet sich in: infra KAPITEL 6: B.I.2.a.

⁴⁰⁷ Botschaft 1994, S. 64.

⁴⁰⁸ Nebst diesem räumlichen Aspekt unterscheidet sich die schweizerische von der europäischen Rechtsordnung weiter durch den Umstand, dass Letztere supranational und Erstere national ausgestaltet ist, diesbezüglich also auf gleicher Stufe steht wie die einzelnen Mitgliedstaaten der EU (entsprechend festgehalten im Kommentar zum E-VKU, S. 2).

⁴⁰⁹ MÖSCHEL, S. 762. Ein Problem, das daraus entspringen kann, ist zu finden bei IMMENGA, S. 941.

⁴¹⁰ Eine unterschiedliche Konsequenz aus dieser Gegebenheit für die beiden Rechte findet sich bei (supra) KAPITEL 3: E.

⁴¹¹ Näheres unter infra KAPITEL 5: D.IV.2.b.bb.

Vollfunktionsfähigkeit im EG-Recht in der FKVO geregelt (Art. 3 Abs. 2), im schweizerischen Recht aber in der VKU (Art. 2), obwohl hier die *sedes materiae* der Zusammenschlusskontrolle im KG zu finden ist.

Aufgrund solcher und ähnlicher Besonderheiten eines jeden Kartellrechts müssen stets spezifische und an deren Eigenheiten angepasste Einordnungskonzepte für Joint Venture-Entstehungen entwickelt werden. Typische Lösungsansätze, die als Reaktion auf derartige unterschiedliche Ausgestaltungen ergehen, sind für andere Rechtsordnungen oftmals *unbrauchbar*. Entsprechende Entwicklungen führen im Verlaufe der Zeit zu **individuellen** Rechtsanwendungs- bzw. Auslegungskulturen. Es kann durchaus sein, dass traditionsreiche Rechtsordnungen in der Vergangenheit – beispielsweise auf (im Vergleich zur heutigen Kartellrechtslage) unvollständig ausgestalteten Gesetzesfassungen beruhend – Lösungsansätze erarbeitet haben, die sich nach der Änderung des jeweiligen Gesetzes als Fehlentwicklung und somit aus aktueller Lage als unbrauchbar entlarven, die aber dennoch (meist aus übereifrigem Traditionsbewusstsein) in irgend einer Form weiter beibehalten werden oder zumindest nicht in Vergessenheit geraten. Eine Übernahme solcher pathologischer Auswüchse durch eine fremde Rechtsordnung ist höchstens dann gerechtfertigt, wenn Letztere so ausgestaltet ist, wie es die traditionsgeprüfte Rechtsordnung im Zeitpunkt der Erarbeitung der fraglichen Lösungsansätze war. Ansonsten sollte im Rahmen einer vernünftigen 'Krankheitsprävention' auf jegliche Weiterführungsversuche von Fehlentwicklungen verzichtet werden, um nicht allenfalls die Büchse der Pandora zu öffnen. Beispielhaft kann an dieser Stelle auf die weiter hinten noch zu behandelnde (sog.) Philip Morris- und Continental Can-Rechtsprechung verwiesen werden⁴¹². Beide Fälle bildeten noch vor Erlass einer separaten europäischen Fusionskontrolle die Grundlage zur Erfassung von Zusammenschlüssen durch das damalige (unvollständige) Kartellrecht. Ein anderes Beispiel ist in der alten, heute gestrichenen Bestimmung in Art. 3 Abs. 2 UAbs. 1 FKVO zu finden. Sie beinhaltete eines der Schlüsselkriterien betreffend der damaligen europäischen Einordnungskonzeption von Joint Venture-Entstehungen. Auf dieses haben sich nach der letzten von der damaligen Fassung der FKVO klar abweichenden Revision des KG einige Schweizer Autoren zurück besinnt (was aber heute, nach der anschliessenden Revision der FKVO, in der schweizerischen Rechtslehre kaum noch ernsthaft vertreten wird)⁴¹³.

Solange ein Kartellrecht noch in den 'Kinderschuhen' steckt, kann auf keine eigene Tradition zurückgeblickt werden, weshalb eine hilfsweise (und in der Regel

⁴¹² EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487 ff.; EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215 ff. Näheres zu den beiden Urteilen und deren Konsequenzen vgl. infra KAPITEL 5: D.III und supra KAPITEL 3: D. Weitere entsprechende Beispiele finden sich bei TSCHÄNI, S. 95 (in seiner FN. 39).

⁴¹³ Kurzfristig (bis die Fehlentwicklung durch die letzte grosse Revision der FKVO offenkundig wurde) haben einige Autoren (beispielsweise MARBACH, S. 121 f.; NORDMANN, S. 8 f.) diesen in der Folge ausrangierten Lösungsansatz (dabei geht es um den Ausschluss *aller* Joint Ventures von der Zusammenschlusskontrolle, die eine Koordinierung zwischen den Mutterunternehmen bezwecken oder bewirken [also auch der kooperativen Joint Ventures mit strukturverändernder Wirkung]) auf das schweizerische Kartellrecht übernehmen wollen, obwohl dieses einer solchen (fehlgeleiteten) Einordnungskonzeption nicht zugänglich sein wollte (Botschaft 1994, S. 84; entsprechende Gedanken bereits bei DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 132). Vgl. auch in FN. 520.

vorübergehende) Anlehnung an fremde Lösungsansätze u.U. geboten sein kann. Die Berücksichtigung *rechtsvergleichender* Elemente ist also vorwiegend in der *Anfangszeit* der Geltung und Anwendung einer (neuen) Kartellrechtsordnung angezeigt und verliert je länger um so mehr an Bedeutung⁴¹⁴. Mittlerweile kann das schweizerische Kartellrecht auf eine (zwar noch bescheidene) Tradition zur letzten Kartellrechtsänderung zurückblicken. Andere Rechtsordnungen spielen für das KG (nur) noch dort eine Rolle, wo keine offenkundigen Abweichungen zu Letzterem festzustellen sind⁴¹⁵. Die schweizerische Kartellrechtsordnung ist im Begriff, für die divergenten Bereiche eine eigenständige Identität zu erarbeiten⁴¹⁶. Selbst europäischem Gemeinschaftsrecht kommt diesbezüglich bloss noch Ergänzungsfunktion zu.

Die gezeigten *Besonderheiten* des schweizerischen Wettbewerbsrechts (v.a. auch zum EG-Recht) ***begünstigen die Entwicklung einer eigenen, angepassten Einordnungskonzeption von Joint Venture-Entstehungen***. Aber auch die schnell aufeinanderfolgenden Gesetzes- und Bekanntmachungsänderungen⁴¹⁷ mancher Rechtsordnungen und die damit teils zusammenhängenden Meinungswechsel im Schrifttum bezüglich der Einordnungsproblematik, welche darauf schliessen lassen, dass sich ein definitiv und generell akzeptierter Lösungsansatz des Problems nicht in greifbarer Nähe befindet, fördern den Gedanken einer eigenen Einordnungskonzeption.

⁴¹⁴ DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. 9-11 N. 36.

⁴¹⁵ So nehmen Rechtsvergleiche besonders bei der Klärung einzelner Begriffskriterien der Joint Venture-Definition einen wichtigen Platz ein: *infra* KAPITEL 5: D.I.

⁴¹⁶ Wie man aus dem Schrifttum zu den gezeigten schweizerischen Eigenarten unschwer entnehmen kann.

⁴¹⁷ IMMENGA, S. 941.

B. These

Im Zentrum dieser Abhandlung steht ein eigens für das schweizerische Recht konzipierter Einordnungsvorschlag bezüglich der Entstehung von Joint Ventures im KG. Der Vorschlag soll den Eigenheiten des schweizerischen Kartellrechts sowie dem Zusammenschlussprivileg Rechnung tragen und herkömmliche Einordnungsschwierigkeiten (insb. die Absorptionsproblematik) beseitigen.

*Demzufolge werden **sämtliche Joint Venture-Entstehungen** (Vorgänge also, bei denen zwei oder mehrere Unternehmen die gemeinsame Kontrolle über ein Unternehmen erwerben, das von diesen bisher nicht gemeinsam kontrolliert wurde), wenn überhaupt, dann **ausschliesslich der Meldepflicht der Strukturkontrolle unterstellt und** – sofern denn auch die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind – **ausschliesslich von deren Rechtsfolgen betroffen.***

*Allfällige – kartellrechtlich relevante – **begleitende Verhaltensweisen in den verbleibenden Tätigkeitsbereichen** von Partnerunternehmen (zusammengesetzter Sachverhalt)⁴¹⁸, welche für das Joint Venture nicht von existentieller Bedeutung sind, werden **stets selbständig durch die jeweilige Verhaltenskontrolle beurteilt und** (ebenso) **ausschliesslich von deren Rechtsfolgen betroffen.** Die getrennte Rechtsfolgenanwendung führt zu einer gegenseitig abgesonderten (separaten) Einordnung der kontrollspezifischen Sachverhalte (separate Beurteilung der begleitenden Verhaltensweisen und der Strukturänderung).*

Das Motiv der These liegt darin, das Einordnungssystem von Joint Ventures *einfacher, transparenter und effektiver* zu gestalten⁴¹⁹. Mit dem präsentierten Einordnungsvorschlag wird nicht zuletzt auch angestrebt, einen Beitrag zur *Entschärfung* der Gegebenheit zu leisten, dass es „noch nicht gelungen ist, die Vielgestaltigkeit von wirtschaftsrechtlichen Koordinationsprozessen durch eindeutige wettbewerbsrechtliche Regelungsmuster erfassen zu können“⁴²⁰. Denn da Joint Venture-Entstehungen gemäss der neuen Konzeption weder von der Verhaltenskontrolle erfasst noch von deren Rechtsfolgen betroffen werden können (wodurch die neue Konzeption im übrigen dem Konzentrationsprivileg nahesteht), werden solche Joint Venture-Prozesse, wenn überhaupt, dann bloss von der Strukturkontrolle erfasst, woraus für die Verhaltenskontrolle ein um dies reduzierter Anwendungsbereich resultiert. Des Weiteren soll die neue Einordnungskonzeption den *gezeigten Unterschieden der beiden grundsätzlichen Kontrollarten besser als die geläufigen Einordnungsmodelle gerecht werden* und die schwerwiegenden Nachteile bezüglich der Rechtsunsicherheit über den Bestand des Gemeinschaftsunternehmens beseitigen.

⁴¹⁸ Dazu bereits die Abbildung supra KAPITEL 3: A.

⁴¹⁹ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 106 und 121.

⁴²⁰ BORER, Art. 5 N. 3.

Im Folgenden soll geklärt werden, wie sich die neue Einordnungskonzeption in dogmatischer Hinsicht – insb. auch gegenüber den herkömmlichen Einordnungsvarianten – bewährt, wie sie mit der heutigen Rechtslage vereinbar ist, wie sie im Einzelnen angewendet wird und wie sie u.U. ergänzt werden muss. Allfällige Probleme, die eine solche Einordnungslösung aufwerfen kann, sollen gleichzeitig gelöst werden und zur Konkretisierung der These beitragen.

Die neue Konzeption basiert auf der Idee, kartellrechtserhebliche Joint Venture-Entstehungen *ausschliesslich der Strukturkontrolle* zu unterstellen. Hinter diesem Gedanken verbirgt sich die Frage nach dem *Unterscheidungskriterium zwischen Zusammenschlüssen einerseits und Wettbewerbsabreden bzw. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen andererseits*; mit anderen Worten ist zuerst der (sachliche) Anwendungsbereich der Strukturkontrolle von jenem der Verhaltenskontrolle abzugrenzen⁴²¹. Falls die ausschliessliche Erfassung gemäss der neuen Konzeption wirklich zutrifft, muss das genannte *Unterscheidungskriterium alle Arten von Joint Venture-Entstehungen gleich prägen*.

⁴²¹ HOFFET, Art. 5 N. 137; LOHSE, S. 56 f.; LOHSE, Gemeinschaftsunternehmen, S. 184; NORDMANN, S. 114; SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 723, rechte Spalte; ZURKINDEN, S. 75. Anders gewendet geht es um die Problematik, ob die Trennlinie zwischen den Anwendungsbereichen der Verhaltenskontrolle und der Strukturkontrolle mitten durch den Vorgang der Joint Venture-Entstehung gezogen werden muss oder an diesem vorbei.

KAPITEL 5: Unterscheidungskriterium der Wettbewerbsbeschränkungen

Der gesuchte Unterschied in den Anwendungsbereichen wirkt sich auf Joint Venture-Entstehungen *nicht als Folge* der Einordnungsklärung aus, wie dies bei den gezeigten Unterscheidungen zwischen den jeweiligen Kontrollen in KAPITEL 2 der Fall ist. Vielmehr ist die Suche nach dem Unterscheidungskriterium **Gegenstand der Einordnungsklärung selbst**. Die aus den übrigen Unterschieden zwischen den Kontrollen gefolgerte Privilegierung von Zusammenschlüssen dient dabei der Findung und Konkretisierung des Unterscheidungskriteriums und somit auch der Einordnung von Joint Venture-Entstehungen⁴²². Denn das Unterscheidungskriterium muss die privilegierte Behandlung von Zusammenschlüssen gegenüber den übrigen Wettbewerbsbeschränkungsarten rechtfertigen.

Sollen Vorgänge der Entstehung von Joint Ventures ausschliesslich durch die Zusammenschlusskontrolle erfasst werden, dürfen die Anwendungsbereiche der Kontrollen jedenfalls nicht identisch bzw. diesbezüglich überschneidend sein. Dass dies so ist, gilt es in einem ersten Schritt zu zeigen (A). Sodann wird das Unterscheidungskriterium zu erarbeiten sein, welches mit der neuen Konzeption verträglich ist (B-D).

A. Keine (teilweise) identischen Anwendungsbereiche der Kontrollen

Eine Identität der Anwendungsbereiche würde dazu führen, dass alle kartellrechtlich relevanten Joint Venture-Entstehungen *grundsätzlich immer* mehreren Kontrollen unterstellt wären. **Exakt denselben Sachverhalt** mehreren Kontrollen zu unterstellen, die im Endeffekt demselben Zweck dienen (und bloss im Einzelnen anders ausgestaltet sind), wäre aber offenkundig als **unverhältnismässig** einzustufen⁴²³. Stets wäre zumindest eine Kontrolle nicht notwendig bzw. die mildere Kontrolle theoretisch überflüssig, soweit eine einheitliche Zweckorientierung unter den Kontrollen auszumachen ist. Eine einheitliche Zweckorientierung kann für die Schweiz ohne weiteres bejaht werden, denn alle hier zu untersuchenden Kontrollarten sind im selben Gesetz mit einheitlicher Zwecknorm (Art. 1 KG) geregelt. Derselbe Sachverhalt wäre im Falle identischer Anwendungsbereiche zwar von beiden schweizerischen Kontrollarten erfasst; lediglich die strengere Verhaltenskontrolle würde sich aber durchsetzen. Die im schweizerischen Recht mildere Strukturkontrolle verlöre (wenigstens bezüglich der *teilweise* identischen Anwendungsbereiche) materiell an Bedeutung und würde durch die Verhaltenskontrolle ausgehebelt. Auf die Zusammenschlusskontrolle könnte also, da sie diesbezüglich auch faktisch unnötig

⁴²² Infra KAPITEL 5: D.II. Vgl. auch schon supra KAPITEL 2: D.III.

⁴²³ In diesem Sinne ist auch die Äusserung bei BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 119 in fine, zu verstehen („das aber widerspricht der Unanwendbarkeit des § 1 auf konzentriative Vorgänge *als solche*“).

würde, (zumindest teilweise) verzichtet werden. Schliesslich wäre die Unterteilung in die verschiedenen Wettbewerbsbeschränkungsarten diesfalls verwässert und insoweit im Grunde überflüssig.

Denselben Gedanken birgt im Übrigen auch die *gemeinschaftsrechtliche Cassis-de-Dijon-Formel* in sich: Dieser zufolge müssen die in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Erzeugnisse (erste Kontrolle im Herkunftsland) grundsätzlich auch in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden können, ohne dort einer wiederholten Prüfung desselben objektiven Schutzzwecks (zweite, überflüssige und den Handelsverkehr behindernde Kontrolle im Einfuhrland) zu unterliegen⁴²⁴. Mit anderen Worten reicht es, wenn in einem spezifischen (Anwendungs-) Bereich *eine einzige Kontrolle* einem objektiven Schutzzweck (welcher übertragen auf die Untersuchung der Anwendungsbereiche der Verhaltens- und Strukturkontrolle im Erhalt des *wirksamen Wettbewerbs* liegt) genügt, womit „eine **doppelte Kontrolle nicht erforderlich und daher unverhältnismässig ist**. Diese Feststellung beschreibt zugleich das [gemeinschaftsrechtliche] Prinzip der *gegenseitigen Anerkennung*“⁴²⁵. Analog übernommene Überlegungen finden sich auf schweizerischer Seite in Art. 3 Abs. 3 lit. a und b BGBM⁴²⁶.

Weiter wäre eine **Privilegierung** gewisser Wettbewerbsbeschränkungen, wie sie insb. auch im schweizerischen Kartellrecht vorkommt⁴²⁷, **nicht zu rechtfertigen**, falls kein Unterschied in den Anwendungsbereichen bzw. kein Unterscheidungskriterium der Wettbewerbsbeschränkungen bestünde. Die Annahme (teilweise) identischer Anwendungsbereiche würde deshalb *der schweizerischen Gestaltungsrealität des KG und der VKU widersprechen*.

Unter Berücksichtigung dieses Umstandes und in Anbetracht der Gegebenheit, dass ein gegen das verfassungsmässige Prinzip der Verhältnismässigkeit verstossendes Verständnis nicht Ziel irgendeiner Auslegung der Anwendungsbereiche sein kann, ist nicht nachvollziehbar, dass die jeweiligen Anwendungsbereiche des KG entsprechend als deckungsgleich ausgestaltet bzw. zu interpretieren seien. **Folgerichtig müssen sich die Anwendungsbereiche voneinander unterscheiden**⁴²⁸. Die einzelnen Kontrolltatbestände des Kartellrechts richten sich primär auf unterschiedliche Sachverhalte. Dennoch sind in der Rechtslehre vereinzelt Hinweise und Andeutungen auf eine so verstandene doppelte Kontrolle, welche gleiche bzw. überschneidende Anwendungsbereiche voraussetzt, vorzufinden⁴²⁹.

⁴²⁴ EuGH vom 20. Februar 1979, *Rewe-Zentral-AG gegen Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Rs. 120/78, Slg. 1979, I-664, N. 14.

⁴²⁵ NICOLAYSEN, S. 61.

⁴²⁶ RICHLI, S. 601.

⁴²⁷ Supra KAPITEL 2.

⁴²⁸ Zu immanent entsprechenden Meinungen im Schrifttum vgl. die Erwägungen und den Weiterverweis bei FN. 446. Es kann grundsätzlich festgehalten werden, dass unterschiedliche Anwendungsbereiche allen Einordnungstheorien (supra KAPITEL 3) zugrunde liegen.

⁴²⁹ Zur *parallelen* Anwendung der Zusammenschlusskontrolle und der Prüfung der Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen beispielsweise ZURKINDEN, S. 143 f. (in seiner FN. 686), 153 f., 158 f. und 255 ff. Auch wenn dieser Autor vereinzelt behauptet, dass beide Kontrollen verschiedene Untersuchungsgegenstände besitzen (ZURKINDEN, S. 256 [in seiner FN. 1233]), vertritt er im Grunde doch das Gegenteil: So spricht dieser explizit von einem „Missbrauch mittels Strukturveränderung“ (ZURKINDEN,

Nicht zu verwechseln ist die hier abgelehnte doppelte Kontrolle mit dem bereits erläuterten *klassischen* Verständnis der *Doppelkontrolle*⁴³⁰. Letztere wird durch das Verneinen identischer Anwendungsbereiche der Kontrollen nicht auch schon abgelehnt. Bei der sog. Doppelkontrolle wird gerade nicht ein und derselbe enge Sachverhalt mehreren Kontrollen unterstellt. Vielmehr wird dort der Sachverhalt 'Joint Venture' im Grunde weiter gefasst (verstanden als 'zusammengesetzter Sachverhalte'⁴³¹). Die gleich anschliessenden Überlegungen setzen sich u.a. näher mit dem *engeren* Joint Venture-Sachverhaltsverständnis auseinander, während sich KAPITEL 3 und KAPITEL 6 genauer damit befasst, was mit dem *weiter* gefassten Sachverhaltsverständnis gemeint ist. Der Klarheit halber kann im Zusammenhang mit der hier abgelehnten doppelten Kontrolle bei sich deckenden bzw. überschneidenden Anwendungsbereichen auch von einer **Doppelkontrolle i.e.S.** gesprochen werden.

S. 258 f.) oder dann von einer „parallelen Anwendung“ beider Kontrollen auf dieselbe Strukturänderung, was nichts anderes bedeuten kann, als die diesbezügliche Identität der Anwendungsbereiche (dazu auch die Gedanken bei KAPITEL 5: B.I). ZURKINDEN widerspricht damit der (hier vertretenen) Meinung, es lägen völlig unterschiedliche Untersuchungsgegenstände der Kontrollen vor. Vgl. auch MÖSCHEL, S. 762, der – im Zusammenhang mit dem EG-Recht – eine *parallele* Anwendung der Kontrollen grundsätzlich nicht ausschliesst, ihre praktische Bedeutung aber als sehr gering einschätzt (weiter dazu auch bei FN. 727).

⁴³⁰ Näheres unter (supra) KAPITEL 3: C.

⁴³¹ Supra KAPITEL 3: A.

B. Primäre Charakterisierung: Strukturänderungen versus Verhaltensweisen

Auf der Suche nach dem Unterscheidungskriterium zwischen den einzelnen Wettbewerbsbeschränkungen ist zuerst auf deren grundsätzliche Prägung näher einzugehen.

Im Kartellrecht finden sich bezüglich den Wettbewerbsbeschränkungen vereinzelte Legaldefinitionen und zwar vorwiegend in Art. 4 KG. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG ist die Bezeichnung '*Unternehmenszusammenschluss*' lediglich ein Überbegriff für die Ausdrücke 'Fusion' und 'Kontrollerwerb' („Kontrolle [...] erlangen“). Beide Zusammenschlussarten sind nur zwischen „bisher voneinander unabhängigen Unternehmen“ von Bedeutung⁴³². Der Vorgang des Unternehmenszusammenschlusses wird wegen seinen marktgestaltenden Auswirkungen kurz auch als **Strukturänderung** bezeichnet, wobei damit nicht auch solche Strukturänderungen zu verstehen sind, die bloss auf internem Wachstum beruhen⁴³³.

Unter *Wettbewerbsabreden* ('Kartellen') versteht das Kartellrecht jene Vorgänge, wo durch „rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen“ eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird (Art. 4 Abs. 1 KG). *Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* im Sinne einer Wettbewerbsbeschränkung sind gemäss Art. 4 Abs. 2 (i.V.m. Art. 7) KG diejenigen Vorgänge, bei welchen sich einzelne oder mehrere (marktbeherrschende) Unternehmen auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten und dieses Verhalten sich auf andere Unternehmen in ihrer Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs bzw. die Marktgegenseite auswirkt⁴³⁴. Geht die Beschränkung soweit, dass ein anderes Unternehmen durch das marktbeherrschende behindert wird, konkretisiert sich das Verhalten in einem (unzulässigen) *Behinderungsmissbrauch*; wird die Marktgegenseite durch das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens benachteiligt, führt dies zu einem (unzulässigen) *Ausbeutungsmissbrauch*⁴³⁵. Dass die unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen entsprechend der neuen Konzeption *keine* weiteren Verhaltensformen, insb. nicht den sog. *Marktstrukturmissbrauch*, umfassen, wird folgend noch zu zeigen sein⁴³⁶. Bei beiden Wettbewerbsbeschränkungen spricht man – als Gegenstück zur Strukturänderung für Unternehmenszusammenschlüsse – einfach auch von unternehmerischen **Verhaltensweisen**⁴³⁷.

⁴³² Vgl. sogleich infra KAPITEL 5: B.II.2.

⁴³³ Näheres infra KAPITEL 5: B.II.

⁴³⁴ Vgl. dazu bereits bei FN. 247.

⁴³⁵ BORER, Art. 7 N. 5; MÖSCHEL, S. 724. Vgl. bereits supra KAPITEL 2: A.III.

⁴³⁶ Dazu sogleich in KAPITEL 5: B.I und infra KAPITEL 5: D.III.

⁴³⁷ Vgl. beispielsweise in der Botschaft 1994, S. 51 und 77 f.

Im Ausland (und dort v.a. im deutschen Recht) hat sich teilweise durchgesetzt, Strukturänderungen auch als *Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand* und kartellrechtliche Verhaltensweisen als *Wettbewerbsbeschränkungen durch Massnahme* zu bezeichnen; die Ausdruckswahl wird damit begründet, dass sich die Fusionskontrolle nur auf die veränderte Marktstruktur (also den durch den Unternehmenszusammenschluss bewirkten 'Zustand') beziehe, während die Verhaltenskontrolle direkt auf das unerlaubte Verhalten ('Massnahme') abziele⁴³⁸.

I. Strukturänderung als Verhaltensform

Rein vom Wortverständnis her kann Strukturänderung auch als eine Modalität des Verhaltens aufgefasst werden. Verglichen mit **Wettbewerbsabreden**, wo das Verhalten der Kartellteilnehmer zentral durch *Zusammenarbeit* bestimmt wird, kann jeder Unternehmenszusammenschluss als *optimal bzw. vollendet kooperatives Verhalten* (Zusammenarbeit) betrachtet werden; nämlich darin, dass sich die Beteiligten zumindest teilweise (oder dann ganz) vereinen. Denn der Akt des Zusammenschlusses und damit die Strukturänderung selbst erfordert eine gewisse Abstimmung und *Koordination* unter den vorweg unabhängigen Beteiligten⁴³⁹. In diesem Sinne ist die Verschmelzung (der zusammenarbeitenden Parteien zu einer einzigen Partei) die höchste Form von Zusammenarbeit⁴⁴⁰.

Im Übrigen kann auch aus Sicht der **Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen** ein Strukturänderungsvorgang mittels Zusammenschluss und unter Beteiligung eines marktbeherrschenden Unternehmens als eine Verhaltensform – welche sich auf andere wirtschaftlich selbständige Unternehmen in ihrer Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs bzw. die wirtschaftlich selbständige Marktgegenseite auswirkt – dieser dominanten Stellung gewertet werden⁴⁴¹.

Die drei Wettbewerbsbeschränkungsarten verbindet in diesem Sinne ein **weit verstandener Verhaltensbegriff**: Demzufolge konkretisiert sich das Verhalten eines jeden Marktteilnehmers in seiner marktrelevanten (aktiven oder passiven) *Tätigkeit* durch Wahrnehmung seiner Privatautonomie. Eine solche Tätigkeit kann für Erhalt und Fortbestand der freien Marktwirtschaft einer arbeitsteilenden Gesellschaft *systemkompatibel* und damit für diese unbedenklich oder *systemimmanent unzulänglich* und deshalb unzulässig sein⁴⁴². Dass eine so verstandene Tätigkeit auch den Zusammenschluss als eine marktrelevante Betätigung versteht, ist offensichtlich. Der Zusammenschlussvorgang kann sich ohne ein solches Tätigen der Partnerunternehmen in keiner Weise verwirklichen. Dieses Verhaltensverständnis

⁴³⁸ LOHSE, S. 49 ff.; SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 720 m.w.H. Zur Nichteignung dieser Ausdrücke vgl. infra KAPITEL 5: B.II.2 in fine.

⁴³⁹ BORER, Kooperationen, S. 877 f., je linke Spalte; MERKLI, S. 166, mittlere Spalte; MUNZ, S. 14 ff.; OERTLE, S. 19 (vgl. in seiner dortigen Titelüberschrift); SCHLUEP, S. 253; STAUDENMEYER, S. 8.

⁴⁴⁰ Entsprechend hält SCHLUEP, S. 253, fest, dass theoretisch auch Fusionen und Konzernierungen unter den Begriff der Kooperation einzubeziehen seien.

⁴⁴¹ ZURKINDEN, S. 258, spricht explizit vom „Missbrauch mittels Strukturveränderung“.

⁴⁴² Supra KAPITEL 2: A.I (und dort v.a. in FN. 178 und 179). Vgl. speziell Botschaft 1994, S. 5; AMSTUTZ, S. 884, linke Spalte; SCHLUEP, S. 252 m.w.H.

nimmt eine weite Spannbreite ein. Die davon erfasste Wettbewerbsbeschränkung 'Zusammenschluss' selbst ist in diesem Zusammenhang nicht nur als eine Konzentration resp. *Strukturänderung* sondern stets auch als ein kooperatives Verhalten aufzufassen; daneben kann *in diesem Verständnis* ein 'Zusammenschluss' auch missbräuchlich (im Sinne einer Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens), für den Wettbewerb unbedenklich (systemkompatibel) oder dann unzulässig (systemimmanent unzulänglich) sein kann⁴⁴³.

Nähme der Umfang des Verhaltensbegriffs im schweizerischen Kartellrecht bezüglich der **Verhaltenskontrolle** tatsächlich eine solch umfassende Bedeutung ein, würde dies entweder dazu führen, dass die Anwendungsbereiche der Struktur- und Verhaltenskontrolle (teils) gleichgestellt wären oder dann zumindest in einem Subsidiaritätsverhältnis zueinander stünden. Während auf die Subsidiaritätsproblematik weiter hinten näher eingegangen wird⁴⁴⁴, kann Ersterem bereits entgegengehalten werden, was zur Identität der Anwendungsbereiche festgehalten wurde: Die Anwendung mehrerer Kontrollen auf ein und denselben Sachverhalt (Doppelkontrolle i.e.S.) ist unverhältnismässig und widerspricht der gesetzlichen Ausgestaltung bezüglich des Strukturprivilegs und der Einteilung in verschiedene Wettbewerbsbeschränkungsarten⁴⁴⁵. Insoweit müssen Strukturänderungsvorgänge, die bereits von der Strukturkontrolle erfasst werden, für die Verhaltenskontrollen bedeutungslos sein (*teleologische Reduktion*). Insb. werden bei der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen *Marktstrukturmissbräuche* (mal abgesehen von der noch zu klärenden Lage, wie sie bei einem Subsidiaritätsverhältnis unter den Kontrollen vorliegt) wenigstens soweit nicht erfasst, wie diese bereits unter die Zusammenschlusskontrolle fallen⁴⁴⁶.

Den dargestellten Gemeinsamkeiten zwischen Strukturänderung und Verhalten ist immerhin für das weitere Vorgehen richtungsweisend zu entnehmen, wo das Unterscheidungskriterium *zwischen den Wettbewerbsbeschränkungen* im Ansatz zu suchen ist: Da diesen Gemeinsamkeiten zufolge *jede* Strukturänderung auch *eine* entsprechend weit gefasste Verhaltensform bzw. Kooperation, *nicht aber jede Kooperation auch eine Strukturänderung ist*⁴⁴⁷, findet sich das

⁴⁴³ Sinngemäss in der Botschaft 1994, S. 66, und z.B. bei DROLSHAMMER, S. 25, wo unter 'Verhalten' bzw. 'Verhaltensweisen' gleichzeitig alle Wettbewerbsbeschränkungen zusammen verstanden werden. Einen entsprechend weiten Verhaltensbegriff verwendet auch BUNTE, § 1 N. 64.

⁴⁴⁴ Infra KAPITEL 5: D.III.

⁴⁴⁵ Supra KAPITEL 5: A.

⁴⁴⁶ Dieser Ansicht müssen (immanent) zumindest jene Autoren sein, die sich für ein Subsidiaritätsverhältnis unter den Kontrollen aussprechen, da diese dadurch gleichzeitig eine Identität der Anwendungsbereiche ausschliessen. Somit kann an dieser Stelle auf das Schrifttum unter KAPITEL 5: D.III verwiesen werden (vgl. auch FN. 367).

⁴⁴⁷ Denn theoretisch könnten unter einem solch weiten Verhaltensbegriff alle Zusammenschlüsse als *Teilmenge (des Verhaltens)* diesem unterstellt werden: 1. Die gemäss der Strukturkontrolle zu untersagenden Zusammenschlüsse und jene, die wegen des mildereren Massstabes bei der Strukturkontrolle zwar nicht untersagt werden (im Grunde also systemkompatibel sind), vom strengeren Massstab der Verhaltenskontrolle aber dennoch erfasst würden (zu den unterschiedlichen Massstäben: supra KAPITEL 2: A), könnten als *Teilmenge der unzulässigen Verhaltensweisen* aufgefasst werden. 2. Die verbleibenden systemkompatiblen Zusammenschlüsse würden als *Teilmenge unter die systemkompatiblen Verhaltensweisen* fallen.

Unterscheidungskriterium in der Spezifizierung der Strukturänderung gegenüber den übrigen Verhaltensformen.

Weiter ist aus dem Gezeigten zu entnehmen, dass alle Wettbewerbsbeschränkungsarten (als kartellrechtlich relevante Tätigkeiten von Marktteilnehmern) über ihre Auswirkungen auf die freie Marktwirtschaft in **systemkonforme** und **systemimmanent unzulängliche Wettbewerbsbeschränkungen** unterteilt werden können. Eine solche Eingliederung lässt sich bereits aus der Überlegung herleiten, dass sich Anwendungsbereiche von Kontrollen nicht bloss auf diejenigen Beschränkungen konzentrieren dürfen, die nach der Prüfung auch tatsächlich unzulässig sind, soll eine Vorwegnahme der eigentlichen Beurteilung im regulären Kontrollverfahren durch eine faktische Prüfung schon bei Klärung der Frage des Anwendungsbereichs vermieden werden⁴⁴⁸. Andernfalls wäre das ganze Kontrollverfahren überflüssig, was aber nicht im Sinne des KG sein kann. Folglich erfassen die Wettbewerbsbeschränkungen 'Zusammenschlüsse', 'Wettbewerbsabreden' und 'Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen', verstanden als Gegenstand der Anwendungsbereiche, notgedrungen immer auch systemkonforme Vorgänge⁴⁴⁹.

II. Spezifizierung der Strukturänderung gegenüber den anderen Verhaltensweisen

Bis anhin wurde festgestellt, dass zwischen kartellrechtlichen Verhaltensweisen und kartellrechtlichen Strukturänderungen (von der erwähnten und weiter hinten näher behandelnden Subsidiaritätsproblematik einmal abgesehen) ein Unterschied bestehen muss und dieser sich in der *Besonderheit der Strukturänderung* gegenüber den (übrigen) Verhaltensweisen konkretisiert. Worin besteht nun aber diese Besonderheit?

1. Marktstruktur (Willensbildungsbasen und wirtschaftliche Tätigkeiten)

Zur Beantwortung dieser Frage ist kurz an das **Schutzgut** des Kartellrechts zu erinnern. Geschützt wird der sog. *wirksame Wettbewerb* (Dahinter verbirgt sich auch

⁴⁴⁸ So beispielsweise DROLSHAMMER, S. 93; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 4: „Ist ein Zusammenschluss meldepflichtig, ist damit noch keine Aussage zu dessen materiellen Beurteilung gemacht“. Dazu auch Botschaft 1994, S. 111.

⁴⁴⁹ Bereits das Gesetz baut auf einem solchen Verständnis der Wettbewerbsbeschränkung auf. So wird z.B. in Art. 12 Abs. 1 KG die Wettbewerbsbeschränkung mit dem Zusatz 'unzulässig' spezifiziert. Daraus folgt unweigerlich, dass es auch *unbedenkliche (systemkonforme, zulässige) Wettbewerbsbeschränkungen* geben muss (entsprechendes auch in den Marginalien von Art. 5 und 7 KG). Weitere Hinweise: Art. 2 KG; Botschaft 1994, S. 66 und 80 f.; *Rhône-Poulenc S.A. & Merck*, RPW 2001/2, S. 443 ff. bzw. BGE 127 III 219 ff. (wo es um die Erfassung einer unbedenklichen, systemkonformen Joint Venture-Entstehung ging); BORER, Art. 2 N. 14 und Art. 4 N. 4; DROLSHAMMER, S. 25; SCHMIDHAUSER, Art. 2 N. 29 („Um eine *materiellrechtliche Beurteilung* vorzunehmen, gelten bezüglich des Grades der erfassten Wettbewerbsbeschränkungen *strenge* Anforderungen, womit *gegenüber dem Geltungsbereich* eine *Verengung der Optik* erfolgt“). Zu unterscheiden ist diese Feststellung von der sog. *rule of reason*-Problematik: näheres dazu z.B. im Zeitungsartikel „*Rule of reason*“ im EU-Kartellrecht?, in: NZZ vom 30. Januar 2002 (24), S. 25; und bei EMMERICH, S. 189 ff.

der Schutz der einzelnen Unternehmen)⁴⁵⁰. Wirksam ist dieser, wenn unter den Wettbewerbern ernst zu nehmende **Rivalität** über den Gunsterwerb von Nachfragern (z.B. Konsumenten) bzw. Anbietern herrscht, welche dem **Verhältnis einander entgegengesetzter Willensausrichtungen** innewohnt⁴⁵¹. Beides, die ökonomische Rivalität und die Interaktion antinomischer Willensausrichtungen sind folglich mit dem *wirksamen* Wettbewerb untrennbar verknüpft. Gleichzeitig wird ersichtlich, dass der Wille im Kartellrecht eine zentrale Rolle einnimmt⁴⁵².

Damit sich Wettbewerb auf einem Markt verwirklichen kann, ist vorweg das Vorhandensein einer bestimmten **Marktstruktur** notwendig, wo sich solche Interaktionen antinomischer Willensausrichtungen überhaupt erst bilden können⁴⁵³. Die Struktur eines Marktes **setzt sich zusammen aus** der Gesamtheit *aller aktuellen und potentiellen Marktteilnehmer auf Seite der Anbieter und Nachfrager*, deren Tätigkeit jeweils das Marktgeschehen beeinflusst⁴⁵⁴. Diese Tätigkeit basiert auf der **Privatautonomie**, der zufolge Marktteilnehmer „ihre Rechtsverhältnisse **nach eigenem Willen** gestalten können“⁴⁵⁵. Die zentrale Bedeutung des Willens im Kartellrecht lässt sich nicht zuletzt aus dem Umstand herleiten, dass sich dieses Rechtsgebiet mit privaten Wettbewerbsbeschränkungen befasst, die allesamt zivilrechtlich (also in der Privatautonomie) fundiert sind⁴⁵⁶. Um die unterschiedlichen und kartellrechtlich relevanten Willensausrichtungen in einem Markt auseinanderhalten zu können, sind die einzelnen Elemente der Marktstruktur, also die Marktteilnehmer als Urheber eines solchen Willens, genauer zu betrachten:

Der Marktteilnehmer, verstanden als „*Objekt*“⁴⁵⁷ geltender Kartellrechtsnormen, ist das **Unternehmen** (Art. 2 KG); wird der Marktteilnehmer als Rechtssubjekt dieses Rechtsgebiets verstanden, ist dagegen der *Unternehmensträger* gemeint⁴⁵⁸. Träger können sowohl natürliche und juristische Personen des privaten

⁴⁵⁰ Vgl. z.B. bei FN. 184.

⁴⁵¹ Mehr dazu bei FN. 175 (v.a. dass Rivalitäten und antinomische Willensausrichtungen u.a. auch zwischen Anbieter und Nachfrager bestehen) und FN. 183.

⁴⁵² Weiteres zur *Bedeutung des Willens für den Wettbewerb*: vgl. insb. bei FN.456, in FN. 467 und ZÄCH, N. 8: „Wettbewerb aufgrund des Willens von Marktteilnehmern“. Mit der weiteren Aussage, dass wenn Marktteilnehmer an einer Abrede (Willensübereinstimmung) nicht mitwirken (entgegengesetzte Willen), es zum Wettbewerb komme, bekräftigt ZÄCH (a.a.O.) im Grunde die *Notwendigkeit antinomischer Willensausrichtungen für den Wettbewerb*. Deshalb gilt, was soeben festgehalten wurde: *Das Verhältnis antinomischer Willensausrichtungen ist eigentliches Schutzgut des Kartellrechts*. Siehe dazu auch die *ökonomische Verhaltenslehre* (z.B. KIRCHGÄSSNER, S. 12 ff.), wo ebenso der Wille (Präferenzen, Ziele, Wertvorstellungen) im Zentrum steht. Vgl. des Weiteren auch KLEINMANN, S. 606 f.

⁴⁵³ ZÄCH, N. 3.

⁴⁵⁴ Siehe schon FN. 250 (m.w.H.). Hierzu auch Botschaft 1994, S. 66; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 16. So auch schon im alten Recht: vgl. z.B. bei DUCREY, Kartellrecht, S. 2.

⁴⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 314. Zur Privatautonomie schon supra KAPITEL 2: A.I.

⁴⁵⁶ Botschaft 1994, S. 5. So geht es z.B. bei der Wettbewerbsabrede um „bewusstes und gewolltes [privatautonomes] Zusammenwirken (Botschaft 1994, S. 78; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 18; *Printmedien*, RPW 2001/1, S. 64, N. 16).

⁴⁵⁷ PATRY, S. 117.

⁴⁵⁸ GUHL/DRUEY, § 59 N. 25; OERTLE, S. 4 (in seiner FN. 14); PATRY, S. 117 („Die Unternehmung kann [...] nichts anderes als blosses Objekt augenblicklich geltender [...] Normen sein“); SCHERRER, S. 328 f. SCHLUEP, S. 481; TSCHÄNI, M&A, S. 3.

Marktteilnehmer (in einem umfangreicheren Verständnis) sind im übrigen nicht bloss Unternehmen, sondern ebenso die Konsumenten (dazu FN. 467, dritter Abschnitt).

oder des öffentlichen Rechts – Letzteres wie z.B. im Entscheid *Rätia Energie AG*⁴⁵⁹ – sein, als auch relativ rechtsfähige Handelsgesellschaften; entscheidend ist im wirtschaftlich geprägten Kartellrechtserlass aber nicht die rechtliche, sondern vielmehr die *ökonomische Betrachtung*, welcher zufolge allein auf das Unternehmen und nicht auf dessen Träger abzustellen ist⁴⁶⁰.

Kartellrechtlich relevant ist ein Wille nur dort, wo wirksamer Wettbewerb bzw. die Interaktion antinomischer Willensausrichtungen zwischen Marktteilnehmern auch wirklich entstehen kann. Damit von *entgegengesetzten* Willensausrichtungen als Grundlage für wirksamen Wettbewerb gesprochen werden kann, „müssen auf einer Marktseite *mindestens zwei* [aktuelle oder potentielle] *voneinander unabhängige Unternehmen* vorhanden sein“⁴⁶¹. Anders formuliert handelt es sich dabei um *selbständige* am Wirtschaftsprozess beteiligte Waren- oder Dienstleistungsproduzenten (die *wirtschaftlich Tätigen*)⁴⁶². Marktteilnehmer als Unternehmensträger – und damit rechtlich betrachtet – sind, wie bereits hervorgehoben, Träger der **Privatautonomie**. Sie sind als solche aber auch bezüglich ihrer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit (ökonomische Betrachtung) auf diese Autonomie angewiesen, welcher zufolge die Beziehungen des Unternehmens nach *eigenem Willen* gestaltet werden können⁴⁶³. Die wirtschaftlich verstandene

⁴⁵⁹ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 11.

⁴⁶⁰ BORER, Art. 2 N. 3 f., 11 und Art. 4 N. 29 (insb. in seiner FN. 232); BUNTE, Art. 81 (Generelle Prinzipien) N. 139; DROLSHAMMER, S. 93; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90 und Art. 9 N. 6; IMMENGA, S. 127 ff. und 918; SCHLUEP, Kommentierung, S. 166; SCHMIDHAUSER, Art. 2 N. 4; SUTER DEPLAZES, S. 19 ff.; VONBÜREN/KINDLER, N. 7; ZÄCH, N. 407; *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 10 ff. (insb. N. 11: „Eine natürliche oder juristische Person, die selbst nicht die Unternehmenseigenschaft innehat, aber ein oder mehrere Unternehmen kontrolliert, ist für die Zwecke der Zusammenschlusskontrolle einem Unternehmen gleichzustellen“); Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 8.

Für das weitere Vorgehen gilt es zu beachten, dass das Vorliegen eines Unternehmensträgers noch nichts über seine wirtschaftliche Selbständigkeit (zur ökonomischen Betrachtung sogleich) aussagt. Das Gesetz verwendet den Terminus 'Unternehmen' nicht immer als wirtschaftlich selbständige Einheit (Objekt des KG), sondern versteht diesen mal als *unabhängiges* (z.B. in Art. 2 oder 4 KG) und mal als *abhängiges* Unternehmen (dann aber jedenfalls nur im Sinne eines Unternehmensträgers; vgl. Art. 2 Abs. 2 VKU: näheres infra KAPITEL 5: D.I.2.b.cc). Dazu genauer z.B. BUNTE, Art. 81 (Generelle Prinzipien) N. 139.

⁴⁶¹ ZÄCH, N. 3. Dazu auch BUNTE, Einführung zum GWB, N. 64; KUMMER, S. 35. So auch die Ausgangslage für Zusammenschlüsse in Art. 4 Abs. 3: „voneinander unabhängige Unternehmen“. *Fusion de deux caisses-maladie*, RPW 1997/3, S. 331; DUCREY, M&A, S. 136; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90; ähnlich auch bei BORER, Art. 4 N. 26. Vgl. dazu die Äusserung KUMMERS, S. 35: „Um den Adam konnte die Eva nicht werben, bloss verführen konnte sie ihn“. Diesbezüglich ist folgendes klarzustellen: Eva, die die Absicht (Wille) hatte, den Adam zu *umwerben*, konnte dies auch dann tun, wenn keine weitere (potentielle) Person mit konkurrierendem Willensgehalt im Paradies war, auch um den Adam zu werben. Zum Werben gehört auch die Verführung und beides geht auch ohne Konkurrenten. Was aber ohne eine weitere (entgegengesetzte) Willensausrichtung nicht möglich ist, ist das Werben (Verführen) um die *Wette* um den Adam (Fehlen eines Wettbewerbs). So müsste es also heissen: 'Um den Adam konnte die Eva zwar werben, nicht aber um die Wette'.

⁴⁶² Botschaft 1994, S. 66; *Nok-E-On-Watt*, RPW 2001/4, S. 712 ff., N. 9; *EWZ – Enron*, RPW 2001/4, S. 707 ff., N. 5; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 16.; AMSTUTZ, S. 885, linke Spalte (m.w.H.); GUHL/DRUEY, § 59 N. 24, und DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90 (Bei diesen wird speziell ersichtlich, dass 'Unabhängigkeit' synonym verstanden wird mit 'Selbständigkeit': „Die *Abhängigkeit* der Unternehmen beurteilt sich dabei nicht nach der juristischen [...], sondern nach der wirtschaftlichen *Selbständigkeit* bzw. *Abhängigkeit*“); SCHLUEP, Kommentierung, S. 166 ff. Der Unternehmensbegriff wird diesfalls *funktional* (tätigkeitsbezogen) verstanden (dazu AMSTUTZ, Vorstudien, S. 89 f.; BORER, Art. 2 N. 7).

⁴⁶³ BUNTE, Einführung zum GWB, N. 64.

Selbständigkeit eines Unternehmens *beruht* folglich auf der Fähigkeit, einen eigenen (kartellrechtlich relevanten) Willen zu bilden. Oder mit anderen Worten: Mehrere Unternehmen sind wirtschaftlich betrachtet dann voneinander unabhängig, wenn sie im Stande sind, auf einem Markt je eine *eigene Willensausrichtung* zu entfalten. Der Wille ist des Weiteren nur insofern kartellrechtlich relevant, als er sich auf eine **wirtschaftliche Tätigkeit** bezieht⁴⁶⁴. Nur in einer solchen Konstellation kann es zu einer *Gefahr* für den Wettbewerb kommen⁴⁶⁵.

Die **Willensausrichtung auf einem Markt ist demzufolge dann als eigen zu betrachten, sobald sie (bei ihrer Bildung) von keinem weiteren Willen** – dem selber bereits eine (andere) wirtschaftliche Tätigkeit (welche von diesem bestimmend beeinflusst werden kann) unterliegt⁴⁶⁶ – in dem Ausmass abhängt, als dadurch die Willensbildung über die wirtschaftliche Tätigkeit des zu untersuchenden Unternehmens **bestimmend beeinflusst** werden kann⁴⁶⁷. Wirtschaftliche Tätigkeit wird durch einen Willen *bestimmend beeinflusst*, wenn er vollständig oder doch zumindest ansatzweise und konstant **durchgesetzt** werden kann⁴⁶⁸. Umgekehrt bedeutet dies, dass,

⁴⁶⁴ Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 10; IMMENGA, S. 129 f.

⁴⁶⁵ AMSTUTZ, S. 885, linke Spalte.

⁴⁶⁶ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 17 („Unternehmenseigner“).

⁴⁶⁷ Sinngemäss auch BORER, Art. 4 N. 27 (Kann die „Willensbildung [mehrerer Unternehmen] nicht mehr unabhängig voneinander vorgenommen werden“, so führt dies kartellrechtlich zu „*einheitlichem Willen*“); BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 116; BUNTE, Art. 81 (Generelle Prinzipien) N. 139; KIRCHGÄSSNER, S. 16; REHBINDER E., Konzernausserrecht, S. 75 f. (entsprechend schreibt dieser im Rahmen des institutionellen Gesellschafts- resp. Konzernrechts, dass der „Wille“ der Konzernleitung „die Konzernglieder zu einem Ganzen integriert“). Zur Wendung „dem selber bereits eine wirtschaftliche Tätigkeit [...] unterliegt“ vgl. des Weiteren auch Art. 3 Abs. 1 lit. b FKVO (zweiter Spiegelstrich).

Anzumerken ist, dass beruhend auf dieser Überlegung **Arbeitnehmer** aus dem Anwendungsbereich des KG herausfallen (Botschaft 1994, S. 66 f.): Bezüglich einer wirtschaftlichen Tätigkeit unterliegt der Wille eines Arbeitnehmers stets dem Willen seines Arbeitgebers, da Ersterer gegenüber Letzterem aufgrund seiner Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers *weisungsgebunden* ist (dazu beispielsweise REHBINDER, N. 1; von „Weisungen“ spricht denn analog auch z.B. BUNTE, Art. 81 (Generelle Prinzipien) N. 139, im Zusammenhang mit der Unselbständigkeit bei Konzernunternehmen). Deshalb kann ein diesbezüglicher Wille eines Arbeitnehmers im Gegensatz zu jenem eines Arbeitgebers *nie* als eine *eigene*, kartellrechtlich relevante Willensausrichtung verstanden werden und damit auch der Arbeitnehmer nicht als ein selbständiges Unternehmen im Sinne des KG gelten (zum alten Recht vgl. z.B. DUCREY, Kartellrecht, S. 3, und sinngemäss auch SCHLUEP, Kommentierung, S. 168). Siehe auch ZÄCH, N. 220 ff. m.w.H. Ein Arbeitnehmer 'unternimmt' wirtschaftliche Tätigkeit definitionsgemäss nur unselbständig.

Anders gestaltet sich die Lage im Zusammenhang mit den **Konsumenten**. Diese fallen grundsätzlich bereits *mangels wirtschaftlicher Tätigkeit* aus dem kartellrechtlichen Anwendungsbereich; denn Konsumenten *produzieren* prinzipiell *keine* Güter oder Dienstleistungen, sondern befriedigen bloss ihre rein privaten Bedürfnisse (dazu beispielsweise KUMMER, S. 36 f. [dort nur für das UWG. Für das KG sieht dieser jedoch die Konsumenten als erfasst an: KUMMER, S. 52. Da aber heute unbestritten ist, dass Konsumenten nicht unter den Anwendungsbereich des KG fallen, wie schon der Botschaft, S. 66, zu entnehmen ist, gelten die entsprechenden Gedanken KUMMERs sinngemäss auch für das KG]; SCHMIDHAUSER, Art. 2 N. 12). Eine a.M. vertritt AMSTUTZ, der den grundsätzlichen Ausschluss der Konsumenten aus dem Anwendungsbereich des KG damit begründet, dass unter diesen das gegenseitige Sich-Ausstechen fehle (AMSTUTZ, Vorstudien, S. 89). Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden. Dass auch unter Konsumenten Rivalität besteht, zeigt besonders klar das Beispiel einer Auktion, wo es ausschliesslich darum geht, andere Konsumenten auszustechen. Nur weil nun aber Konsumenten keine direkten Adressaten des KG sind, ändert dies noch nichts an der Tatsache, dass diesen im Wettbewerb eine entscheidende Rolle zukommt (DROLSHAMMER, S. 93, spricht von passiver Beteiligung am Wirtschaftsverkehr), sie mitunter auch *Marktteilnehmer* (i.w.S.) sind (so z.B. SOMMARUGA, S. 27, Spalte 1 und 2).

⁴⁶⁸ Dennoch kann selbst bei einer hohen Kapital- und Stimmeteiligung eines Unternehmens an einem anderen Unternehmen die Unabhängigkeit des Letzteren noch bejaht werden, falls die Willensfassung eines solchen

falls solche an der Willensbildung entscheidend beteiligte Willenseinflüsse bestehen, diese noch zum Umfang des unabhängigen Unternehmens gehören müssen. Ein **jedes wirtschaftlich selbständiges Unternehmen** – das vom Anwendungsbereich des KG erfasst wird – **verfügt über eine** von solchen weiteren Willenseinflüssen freie und insoweit abschliessende **Willensbildungsbasis** (solche Basen bilden **Bestandteil** aller wirtschaftlich selbständigen Einheiten und sind mit diesen umfassender zu verstehenden Einheiten nicht etwa gleichzusetzen)⁴⁶⁹, wo Entscheide über seine wirtschaftliche(n) Tätigkeit(en) gefasst werden⁴⁷⁰. Eine wirtschaftlich selbständige Einheit als Bestandteil des Aufbaus eines Marktgefüges kann *mittels* ihrer Willensbildungsbasis ihren marktrelevanten Willen gegenüber anderen Einheiten antinomisch ausrichten⁴⁷¹. Rechtlich lässt sich die (wirtschaftlich verstandene) Willensbildungsbasis bei einer juristischen Person grundsätzlich (d.h. bei Gesellschaften) in der *affectio societatis* – also im „Wille[n] zum partnerschaftlichen Zusammenwirken auf [einen] gemeinsame[n] [Zweck] hin, [der] bei jedem Beteiligten vorhanden sein [muss]“⁴⁷² – und bei einer *natürlichen Person in dieser selbst* lokalisieren. Falls mehrere natürliche oder juristische Personen eine Willensbildungsbasis bilden, bedeutet dies, dass sie in einer weiteren Institution (z.B. einer Gesellschaft) vereinigt sein müssen, wo sich die einzelnen Willensausrichtungen nach aussen **uniformieren** können (demokratisches Organ). Ergänzend anzumerken bleibt, dass auch der Wille einer juristischen Person letztlich immer nur auf natürliche Personen – die eigentlichen Willensträger – zurückzuführen sein kann.

Die Struktur eines Marktes setzt sich folglich zusammen aus der Gesamtheit aller Willensbildungsbasen desselben. Der Wille wird jeweils über die einzelnen wirtschaftlichen Tätigkeiten dieses Marktes gebildet. Die **Marktstruktur** als solche ist die **Anordnung** entsprechender **Basen** – einschliesslich deren wirtschaftlichen Tätigkeiten – **zueinander (Verhältnis)**. Anders gewendet handelt es sich um die **Art, wie die gesamte, inklusive die potentielle wirtschaftliche Tätigkeit** eines bestimmten Marktes – durch diesen selbst⁴⁷³ – **auf einzelne Willensbildungsbasen verteilt ist**.

anderen Unternehmens durch den Willen des beteiligten Unternehmens keinen (so verstandenen) bestimmenden Einfluss erfährt (vgl. z.B. den Fall *BKW – AEK/Comtop*, RPW 1997/1, S. 51 ff., N. 5, wo trotz einer Beteiligung von über 34% die Unabhängigkeit noch vorlag). Weitere Einzelheiten bezüglich des bestimmenden Einflusses: *infra* KAPITEL 5: D.I.1.

⁴⁶⁹ Auch rechtlich selbständige Einheiten können eine Willensbildungsbasis umfassen.

⁴⁷⁰ Auch der Kommentar zum E-VKU, S. 4, und beispielsweise BORER, Art. 9 N. 24 (in fine) oder KLEINMANN, S. 606, rechte Spalte, sprechen von „Willensbildung“. Die **Entscheidungsbefugnis** (DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 91) über die wirtschaftliche Tätigkeit steht der Willensbildungsbasis zu. Dass die Willensbildungsbasis nicht einfach mit dem Unternehmen gleichzusetzen ist, geht schon daraus hervor, dass unter dem Begriff 'Unternehmen' auch ein unselbständiges Unternehmen verstanden werden kann (FN. 460).

⁴⁷¹ DUCREY, M&A, S. 136 (in seiner FN. 22) spricht explizit von einer wirtschaftlichen Einheit. Vgl. auch *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 10.

⁴⁷² MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 17. Vgl. vorwegnehmend zum Joint Venture auch bei BUNTE, § 1 N. 262: „Verfolgung gemeinsamer Zwecke“.

⁴⁷³ Zur *Selbststeuerung* der Wirtschaft *supra* KAPITEL 2: A.I.

2. Änderung (im Aufbau eines Marktgefüges durch externes Unternehmenswachstum)

Die einzelnen Willensbildungsbasen einer Marktstruktur haben beruhend auf ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten jeweils *Markteinfluss*, der sich unter gewissen Umständen bis zur Marktbeherrschung verdichten kann⁴⁷⁴. Der Einfluss (präziser: die Intensität des Einflusses) einer Willensbildungsbasis bestimmt sich grundsätzlich nach dem Gesamtumfang ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit im Verhältnis zu den übrigen wirtschaftlichen Tätigkeiten anderer Willensbildungsbasen⁴⁷⁵. Die **Marktstruktur ändert** sich nun dann, wenn diese Markteinflüsse abgewandelt, die *wirtschaftlichen Tätigkeiten* also *modifiziert* werden (da somit die Art der selbstgesteuerten Verteilung wirtschaftlicher Tätigkeit ändert)⁴⁷⁶. Grundsätzlich kann dies nur dadurch erfolgen, dass wirtschaftliche Tätigkeit entweder gesteigert oder reduziert wird. Letzteres ist für das Kartellrecht nur insoweit interessant, als durch die Reduktion anderswo Wachstum begünstigt wird. Wachstum kann auf unterschiedliche Weise hervorgerufen werden:⁴⁷⁷ Zum einen, indem es innerhalb eines Unternehmens mittels fleissgeprägter *Eigenleistung* zu einer Steigerung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit und damit zu einem erhöhten Markteinfluss kommt⁴⁷⁸. Die Möglichkeit, durch dieses sog. **interne Wachstum** eine dominante Stellung zu erreichen, gehört zur zentralen Motivation eines jeden Unternehmens, seinen Willen überhaupt erst antinomisch auszurichten. Internes Unternehmenswachstum ist ein wichtiges *Antriebsmittel des Wettbewerbs*. Diese Art des Wachstums ist für das Kartellrecht deshalb unbedenklich, weil dabei die für Wettbewerb erforderlichen *Willensbildungsbasen bezüglich den bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten unverändert*, die *bestehenden Willensgegensätze* also zumindest in diesem Umfang *beibehalten* bleiben. Es versteht sich aus diesem Grund von selbst, dass eine Strukturänderung, die durch schlichten internen Unternehmenswachstum verursacht wird, kartellrechtlich nicht unzulässig sein kann⁴⁷⁹. Ein entsprechendes Vorgehen ist als legitim zu betrachten und die Möglichkeit einer solchen Steigerung ist nicht bloss systemkonform, sondern vielmehr *systemerforderlich*.

⁴⁷⁴ Zum Kontinuum zwischen Markteinfluss und (qualifizierter) Marktbeherrschung ZÄCH, N. 459.

⁴⁷⁵ Dass sich die Einflussintensität eines Marktteilnehmers über das *Verhältnis* zu seinen Konkurrenten bestimmt, ist z.B. im Zusammenhang mit der Prüfung durch Marktanteile zu sehen (supra KAPITEL 2: A.II). Nebst der wirtschaftlichen Tätigkeit können auch weitere Kriterien eine Rolle spielen wie v.a. jene der **Marktzutritts- bzw. Marktaustrittsschranken** (die insb. bei der Klärung potentieller Konkurrenten von Bedeutung sind [siehe z.B. supra KAPITEL 2: D.II]). Solche Kriterien werden aber durch das hier interessierende externe Wachstum nicht direkt beeinflusst und sind diesbezüglich ohne grössere Bedeutung. *Indirekte* Beeinflussung der Marktzutrittschranken ist beispielsweise dadurch vorstellbar, dass ein Unternehmen eine Forschungs- und Entwicklungsabteilung einer anderen Einheit übernimmt und aus der gewonnenen Leistungssteigerung in diesem Bereich *anschliessend* (darum indirekt) ein qualitativ viel höheres Produkt entwickelt, für welches enorme Produktionskosten anfallen, wovon potentielle Neueinsteiger abgeschreckt werden (z.B. wegen fehlendem Know-how und zu hohen Investitionskosten [insb. auch unter Berücksichtigung der sunk costs]). Dazu auch schon bei FN. 122.

⁴⁷⁶ Ähnlich bei NORDMANN, S. 3, der von einer Erhöhung der Marktmacht spricht.

⁴⁷⁷ In der Botschaft 1994, S. 53, wird explizit von internem und externem Wachstum als Strukturänderung gesprochen.

⁴⁷⁸ VONBÜREN/KINDLER, N. 90, sprechen von der „Entwicklung aus eigener Kraft“.

⁴⁷⁹ Entsprechend Botschaft 1994, S. 102; DROLSHAMMER, S. 87; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90; VONBÜREN/KINDLER, N. 90; ZÄCH, N. 78 und 406 (wo darauf hingewiesen wird, dass „Unternehmen, die durch internes Wachstum marktbeherrschend geworden sind, [immerhin] im Rahmen von Art. 7 f. KG ins Recht gefasst werden“ können).

Zum ändern kann Wachstum auch bewirkt werden, indem ein Unternehmen unter Zuhilfenahme *fremder, bereits erbrachter Leistung* die wirtschaftliche Tätigkeit und den Markteinfluss erhöht. *Fremd* ist eine Leistung dann, wenn sie vor dem Wachstumsvorgang einer anderen wirtschaftlichen Einheit bzw. Willensbildungsbasis unterstellt war. Aus diesem Grund wird ein entsprechender Vorgang auch als **externes Wachstum** bezeichnet. Dieses bedarf einer näheren Erläuterung:

Die Änderung der Marktstruktur ist beim externen Wachstum nicht allein in der Steigerung wirtschaftlicher Tätigkeit zu erblicken, sondern gleichzeitig auch darin, dass im Unterschied zum internen Wachstum eine **bereits erbrachte** Leistung bzw. bestehende wirtschaftliche Tätigkeit zu einer anderen (fremden) *bestehenden* wirtschaftlichen Tätigkeit hinzugefügt wird⁴⁸⁰. Dadurch **wird unmittelbar die Identität der Willensbildungsbasen von wirtschaftlich selbständigen Einheiten bezüglich ihren bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten geändert**; anders gewendet wechseln wirtschaftliche Tätigkeiten ihre Willensbildungsbasen. Durch diesen Vorgang vergrößert sich die gesamte wirtschaftliche Tätigkeit der erwerbenden Willensbildungsbasis⁴⁸¹. Dies kann grundsätzlich auf zwei Arten erfolgen:

Zum einen, indem die Willensbildungsbasis einer wirtschaftlichen Tätigkeit **als Ganzes** durch eine andere Willensbildungsbasis (der bereits eine andere wirtschaftliche Tätigkeit unterstellt ist) ersetzt wird, wie dies typischerweise dann geschieht, wenn *einfache Kontrolle* über ein abhängiges – z.B. in einen Konzern integriertes – Unternehmen *erworben* wird. Die ursprüngliche Willensbildungsbasis – die sich bei einem Konzern in der Konzernleitung befindet – des abhängigen Unternehmens (bestehende wirtschaftliche Tätigkeit), wird ersetzt durch jene Willensbildungsbasis des (bereits zuvor wirtschaftlich tätigen) Kontrollerwerbers.

Zum ändern kann eine entsprechende Änderung dadurch bewirkt werden, dass die Willensbildungsbasis eines Unternehmens in ihrer **Zusammensetzung** ändert. Dabei geht die ursprüngliche Eigenheit der Willensausrichtung über eine wirtschaftliche Tätigkeit in der Weise verloren, indem sie durch weitere Willen, welche zuvor eine andere Willensbildungsbasis von wirtschaftlicher Tätigkeit bildeten, ergänzt wird. Die partizipierenden Willensträger werden dabei grundsätzlich allesamt beibehalten und zu einer *neuen* Willensbildungsbasis gruppiert ('verschmolzen', wodurch ein *Identitätswechsel* stattfindet), wo sich die einzelnen Willensausrichtungen in neuer Zusammensetzung uniformieren können. Dies trifft insb. bei *Fusionen* zu⁴⁸².

⁴⁸⁰ Ausführlich bei FN. 489.

⁴⁸¹ Wobei auch unterschiedliche Tätigkeitsbereiche vorliegen können.

⁴⁸² Unter der Fusion werden folgende beiden Vorgänge verstanden: Zum einen die *Absorption* (Art. 748 OR; Art. 3 Abs. 1 lit. a E-FusG), wo das übernommene Unternehmen ohne Liquidation aufgelöst wird und die Entscheidungsbefugnis über seine wirtschaftliche Tätigkeit auf das *weiterhin bestehende (annektierende) Unternehmen* übergeht. Zum andern die *Kombination* (Art. 749 OR; Art. 3 Abs. 1 lit. b E-FusG), wo die fusionierenden Unternehmen ihre selbständige Entscheidungsmacht gemeinsam auf ein weiteres Unternehmen übertragen, das an deren Stelle tritt. Zu den einzelnen Fusionsvorgängen vgl. z.B. BORER, Art. 4 N. 26; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 91; VENTURI, S. 9 f.

Ob die Willensbildungsbasis als Ganzes ersetzt wird oder ob sie sich (bloss) in ihrer Zusammensetzung ändert, bestimmt sich im Grunde nach dem selben Kriterium, demzufolge auch der einfache Kontrollerwerb von der Fusion zu unterscheiden ist, nämlich nach der *mitgliedschaftsrechtlichen Kontinuität*⁴⁸³. Bleibt die Mitgliedschaft aller am Vorgang des externen Wachstums beteiligten Willensträger erhalten, führt dies gezwungenermassen dazu, dass die Willensbildungsbasis – wie für Fusionen charakteristisch – anders zusammengesetzt wird. Im Falle eines einfachen Kontrollerwerbs bleiben die Willensbildungsbasen in ihrer Zusammensetzung grundsätzlich konstant. Geändert wird hingegen der Bestand wirtschaftlicher Tätigkeit und somit die Einflusskraft dieser Willensbildungsbasis auf einem Markt⁴⁸⁴. In beiden Fällen **verliert** zumindest eine *Willensbildungsbasis* bezüglich einer (durch den Wachstumsvorgang betroffenen) wirtschaftlichen Tätigkeit ihre *vorherige Bedeutung*, während eine andere *Willensbildungsbasis* höchstens im Ausmass jener wirtschaftlichen Tätigkeit ihre *Identität erweitert*, indem sie diese bestimmend beeinflussen kann⁴⁸⁵. Zwischen dem Verlust und Erwerb besteht ein **korrelater Zusammenhang**, worin schlussendlich das dynamische Element⁴⁸⁶ einer jeden Wettbewerbsbeschränkung zu finden ist.

Ähnlich wie beim internen Wachstum ist auch die Möglichkeit für Unternehmen, mittels externer Wachstumsvorgänge marktmächtiger zu werden, *grundsätzlich ein Antriebsmittel des Wettbewerbs*. Wenn es für Unternehmen zu umständlich wird, aus eigener Kraft ihren Markteinfluss zu vergrössern, werden sie in der Regel geneigt sein, unter Zuhilfenahme bereits bestehender Kräfte ihre Expansionsziele zu erreichen. Beide Strukturänderungsformen sind Vorgänge, die den Wettbewerb dynamisieren können. Da externes Wachstum nun aber auf fremde, bereits erbrachte Leistungen angewiesen ist, beruht dieser Vorgang nicht auf *antinomischer Willensausrichtung* (wie bei der Zunahme wirtschaftlicher Tätigkeit durch Eigenleistung), sondern *droht diese vielmehr aufzuheben*. Die eigentliche *Gefahr* einer solchen Vorgehensweise lauert konkret darin, dass mittels der Konzentration das *Spektrum von Willensbildungsbasen* bezüglich ihren bereits getätigten Leistungen *dezimiert*⁴⁸⁷ wird und ohne verhältnismässig grossen (Eigen-) Aufwand eine dominante Marktstellung erreicht werden kann⁴⁸⁸. Vorweg bestandene antinomische Willensausrichtungen in diesem Markt, die durch den Wachstumsvorgang tangiert sind, werden dann jeweils aufgehoben. Damit wird das kartellrechtliche Schutzgut, der wirksame Wettbewerb, unmittelbar angegriffen. Externes Wachstum, das für den Wettbewerb bedrohlich ist, bedeutet mit anderen

⁴⁸³ TSCHÄNI, M&A, S. 28 f.

⁴⁸⁴ Ähnlich auch BLANK, S. 67 m.w.H., der von der „Zunahme des Gewichts der Grössenunterschiede“ spricht.

⁴⁸⁵ So ähnlich schon im Konzentrationsmemorandum, S. 341, rechte Spalte: „von einer Unternehmenskonzentration [wird] gesprochen, wenn mehrere Unternehmen unter *Aufgabe* ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit in einer auf Dauer berechneten Weise unter *einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammengefasst* werden“. Ähnlich auch BLANK, S. 67; BUNTE, § 1 N. 202. Zum bestimmenden Einfluss schon bei FN. 468 (m.w.H.). Zur Problematik der Erfassung von Neugründungs-Joint Ventures vgl. infra KAPITEL 5: D.I.2.b.cc.

⁴⁸⁶ Dazu schon supra KAPITEL 1: B.I.1 in fine.

⁴⁸⁷ Siehe auch LÜDER, S. 55, der sich aber zu undifferenziert bloss auf den Unternehmensbestand konzentriert.

⁴⁸⁸ Auch könnte u.a. die sog. Übermachterosionsfunktion des Wettbewerbs (dazu bereits FN. 172) vereitelt werden, indem Leistungen anderer Unternehmen durch eine dominante Stellung laufend zu eigen gemacht werden, bevor diese überhaupt eine Gefahr für das marktbeherrschende Unternehmen darstellen können.

Worten ein Wachsen unter gleichzeitiger Beseitigung von Rivalen. Um einer solchen Gefahr entgegenzuwirken, sieht das Kartellrecht die Zusammenschlusskontrolle vor, mit welcher Strukturänderungen in Form des externen Wachstums – im Unterschied zum internen – geprüft werden können. Dass es sich nur beim *externen Wachstum tatsächlich um den kartellrechtlichen Zusammenschlussbegriff handelt*, findet des Weiteren seine Bestätigung direkt in der Legaldefinition⁴⁸⁹. Dort wird explizit der Ausdruck „bisher“ verwendet. Darin schlägt sich das für das externe Wachstum charakteristische Erfordernis nieder, dass die einen Zusammenschluss durchführenden und voneinander unabhängigen Unternehmen bzw. deren *wirtschaftliche Tätigkeiten bereits vor dem Vorgang Bestand* haben müssen⁴⁹⁰. Dass sich Zusammenschlüsse (entsprechend wie das externe Wachstum) nach den Faktoren der *Willensbildungsbasis* und der *bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit* orientieren, findet seinen Niederschlag beispielsweise bei der kartellrechtlichen Einteilung in die verschiedenen Fusionsarten (analoge Gedanken zum Kontrollerwerb sind weiter unten zu finden⁴⁹¹): Eine Fusion⁴⁹² kann über *Beteiligungen* wie bei der Quasifusion⁴⁹³ oder dann über das *Vermögen* wie bei der echten⁴⁹⁴, der unechten⁴⁹⁵ und der wirtschaftlichen⁴⁹⁶ Fusion erfolgen. Bei

⁴⁸⁹ Art. 4 Abs. 3 lit. a und b KG.

⁴⁹⁰ Drauf wird später im Zusammenhang mit dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle (infra KAPITEL 5: D.I.2) genauer eingegangen.

⁴⁹¹ Infra KAPITEL 5: D.I.

⁴⁹² Unter einer Fusion im Wettbewerbsrecht gemäss Art. 4 Abs. 3 lit. a KG ist die *Verschmelzung von zwei oder mehreren bisher rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Unternehmen zu einer Einheit* zu verstehen: vgl. auch Botschaft 1994, S. 82 f.; BORER, Art. 4 N. 26; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 91; NORDMANN, S. 7; VONBÜREN/KINDLER, N. 29; WATTER/LEHMANN, S. 861; ZÄCH, N. 407. Die kartellrechtliche Fusion kann in Form der Absorption als auch in jener der Kombination erfolgen: dazu bereits FN. 482. Vgl. auch DUCREY, M&A, S. 137: „Die reine Fusion ist eher selten, häufiger sind die Fälle, bei denen es mittels mehrstufiger Transaktionen zu einer [...] Fusion von Unternehmen kommt“. So z.B. geschehen bei der Entstehung der *Batigroup Holding AG*, RPW 1997/2, S. 203, N. 7.

Im Folgenden wird der Umfang des kartellrechtlichen Fusionsbegriffs kurz angeschnitten. Enger sind die Fusionsumschreibungen bei SCHERRER, S. 330 (und SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1385, linke Spalte) und NORDMANN, S. 7, welche beide bereits die unechte Fusion ausser Acht lassen. Auch ZURKINDEN, S. 114, vertritt ein enges Verständnis des wettbewerbsrechtlichen Fusionsbegriffs (vgl. auch ZURKINDEN, Fusionskontrolle, N. 26).

⁴⁹³ Unter der Quasifusion, der wohl beliebtesten Art des Zusammenschlusses, wird v.a. in der gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Literatur (wie auch im US-amerikanischen Antitrustrecht: GRIFFIN/CALABRESE, S. 319, mittlere Spalte [„quasi-merger“].) grundsätzlich verstanden, dass eine übernehmende Gesellschaft sämtliche oder zumindest eine Mehrheit der *Anteile* einer anderen Gesellschaft übernimmt und gegen eigene Anteile eintauscht (Shares for Shares; im Zusammenhang mit der AG auch als *Aktientausch* bezeichnet). BOEMLE, S. 532 und 542 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 876 m.w.H.; KURER, S. 153; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 580; TSCHÄNI, M&A, S. 36. Zum schweizerischen Kartellrecht vgl. VONBÜREN/KINDLER, N. 29 (explizit in ihrer FN. 63); WATTER/LEHMANN, S. 861; ZÄCH, N. 407. Um Unsicherheiten zu vermeiden, ist hier darauf hinzuweisen, dass ein Teil der Lehre (DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 91) den Ausdruck 'Quasifusion' anders versteht (vgl. auch BOEMLE, S. 531 f., der darauf aufmerksam macht, dass die Bezeichnung 'Quasifusion' z.T. für die hier verstandene unechte Fusion verwendet wird).

Da dem Umstand, dass die Anteile eingetauscht werden und damit die mitgliedschaftsrechtliche Kontinuität gewahrt bleibt, eine starke Parallele zur bis anhin verstandenen kartellrechtlichen Fusion zu entnehmen ist, scheint die Frage nach der Subsumierung dieser Fusionsart unter Art. 4 Abs. 3 lit. a KG als beantwortet: Vgl. denn auch beispielsweise die vorläufigen Prüfungen der Weko in den Fällen: *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 15; *Gétaz Romang/Miauton*, RPW 2000/1, S. 54 ff., N. 7; *Alcin – Pechiney – Algroup*, RPW 1999/4, S. 604 ff., N. 3.

⁴⁹⁴ Bei der echten Fusion gehen alle Aktiven und Passiven, Rechte und Pflichten eines oder mehrerer Unternehmen mittels der *Universalsukzession* auf ein anderes Unternehmen über, während die Rechtspersönlichkeiten der übernommenen Unternehmen untergehen und Teilhaber dieser mit Beteiligungen

Beteiligungsübergängen wird auf Willensbildungsbasen (Entscheidorgane) Einfluss genommen, bei Vermögensübergängen auf bestehende wirtschaftliche Tätigkeiten⁴⁹⁷.

Demzufolge erfasst das Kartellrecht bloss das externe und nicht auch das interne Wachstum. Die Strukturkontrolle **schützt** den Bestand von Willensbildungsbasen (Ursprung aller Willensausrichtungen von *wirtschaftlich selbständigen Einheiten*) bezüglich deren bisherigen wirtschaftlichen Tätigkeiten⁴⁹⁸, um dadurch die Interaktion antinomischer Willensausrichtungen, mit anderen Worten den **wirksamen Wettbewerb** zu gewährleisten (Der Schutz greift ab dem Grad des Beurteilungsmassstabs ein, wo eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG entstehen kann oder verstärkt wird). Entsprechend wird durch einen Zusammenschluss der Bestand, d.h. die Identität von kartellrechtlichen Gesetzesadressaten geändert.

Nicht erfasst wird demgegenüber die **Reorganisation** (*Umschichtung und Restrukturierung*) *innerhalb einer wirtschaftlichen Einheit* wie beispielsweise in einem Konzern, da vor diesem Vorgang im Gegensatz zur externen Unternehmenskonzentration nicht mehrere Willensbildungsbasen, sondern bloss eine einzige involviert ist⁴⁹⁹. Die einzelnen wirtschaftlichen Tätigkeiten sind bereits von Anfang an zusammen einer eigenen Willensausrichtung unterzuordnen. Durch den Vorgang selbst findet in keiner Weise irgend eine Form des externen Wachstums statt, so dass Strukturänderungen dieser (unternehmensinternen) Art für den Wettbewerb

des anderen Unternehmens abgefunden werden (Statutory Merger): DJALALI, S. 47; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 578 f.; TSCHÄNI, M&A, S. 27 ff. (m.w.H. auf BGE 108 Ib 445; 108 Ib 453; 108 Ib 418); WEDER, S. 42 f.

⁴⁹⁵ Unter der unechten Fusion versteht die herrschende Lehre die Übernahme eines Unternehmens (oder -teils) durch ein anderes, indem Aktiven und Passiven gemäss der *Singularsukzession* (Art. 181 OR) als Sacheinlage übergehen, und zwar unter mitgliedschaftsrechtlicher Kontinuität: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, S. 876; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, S. 580; TSCHÄNI, M&A, S. 4 ff.; VONBÜREN/KINDLER, N. 29 (in ihrer FN. 64).

⁴⁹⁶ In Anlehnung an die europäische Rechtspraxis geht die Tendenz der schweizerischen Doktrin zum Wettbewerbsrecht dahin, den Fusionsbegriff in *wirtschaftlicher Hinsicht auszuweiten* (BORER, Art. 4 N. 27; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 94; MARBACH, S. 119; VENTURI, S. 10; ZÄCH, N. 407). Dabei geht es v.a. um die Erfassung von Sachverhalten, bei welchen „zuvor unabhängige Unternehmen ihre Aktivitäten so zusammenlegen, dass eine wirtschaftliche Einheit entsteht, ohne dass rechtlich von einer Fusion gesprochen werden kann. Dies geschieht dann, wenn zwei oder mehr Unternehmen vertraglich vereinbaren, sich einer *gemeinsamen wirtschaftlichen Leitung* zu unterstellen, *ohne ihre Rechtspersönlichkeit aufzugeben*. Wenn dies *faktisch zu einer Verschmelzung der Unternehmen* führt und zur Entstehung einer echten *wirtschaftlichen Einheit*, ist der Vorgang als Fusion anzusehen“ (Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 7).

⁴⁹⁷ Der Gedanke dieser Zweiteilung findet sich auch in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 11. Näheres unter FN. 534.

⁴⁹⁸ Schon KARTTE, S. 574 f., spricht vom „Schutz des zu selbständigem Handeln fähigen Unternehmensbestandes“.

⁴⁹⁹ Vgl. auch die in diesem Zusammenhang interessanten Fälle *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff. (insb. N. 16 ff.); *Fusion de deux caisses-maladie*, RPW 1997/3, S. 331. Vgl. des Weiteren: BORER, Art. 4 N. 29; DROLSHAMMER, S. 87; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90, mit praktischen Beispielen in deren FN. 103 f., zur konzerninternen Reorganisation; DUCREY, M&A, S. 136; IMMENGA, S. 929; MARBACH, S. 119; SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1385; SOMMER, S. 4; VENTURI, S. 9; VONBÜREN/KINDLER, N. 29 (in ihrer FN. 65); ZÄCH, N. 219 und 407 (in fine). Vgl. auch zum alten Recht SCHLUEP, Kommentierung, S. 168 f. Zum EG-Recht vgl. die Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 8; (und anstatt vieler) BUNTE, Art. 81 (Generelle Prinzipien) N. 139. Veranschaulichend auch die *Restrukturierung des Fiat-Konzerns*, in: NZZ vom 12. Dezember 2001 (289), S. 25.

keine Folgen nach sich ziehen. Dass die Reorganisation oftmals dazu dient, auf längere Sicht die Unternehmenseffizienz zu steigern, ist auf eigene Energien (Eigenleistung) zurückzuführen und darum – genauso wie das interne Wachstum – unbedenklich.

3. Abgrenzung

Die Interaktion gegensätzlicher Willensausrichtungen kann auch durch **andere Wettbewerbsbeschränkungen** (entweder in systemimmanent unzulänglicher oder in systemkonformer Weise) gestört werden.

Dies ist beispielsweise durch eine **Wettbewerbsabrede** möglich. Die Ausgangslage präsentiert sich ganz ähnlich wie beim Zusammenschluss. Unternehmen, zwischen denen sich die wettbewerbsbeschränkende Abrede abspielt, müssen im Vorfeld voneinander unabhängig, jeweils also wirtschaftlich selbständig sein⁵⁰⁰. Bei der Abrede selber findet nun aber eben keine Strukturänderung statt. *(Bestehende) Willensbildungsbasen – wirtschaftlich selbständiger Einheiten – bleiben auch bezüglich ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten identisch* und werden durch die Abrede nicht etwa *unmittelbar* gekappt; die Wettbewerbsstörung wird dadurch verursacht, indem gleichbleibende wirtschaftliche Einheiten ihre *Willen* mit denjenigen anderer Marktteilnehmern *gleichstellen*⁵⁰¹. Damit wird die **marktbezogene Handlungsfreiheit** von gleichbleibenden Willensbildungsbasen – einerseits der Verabredeten betreffend ihren Verpflichtungen aus der Abrede (im Innenwettbewerb), andererseits von Dritten, die betroffen sein können (im Aussenwettbewerb) – **eingeschränkt**⁵⁰². *Zwischen den Verabredeten* wird mittels eines Versprechens ein bestimmtes Verhalten bezüglich einer wirtschaftlichen Tätigkeit festgelegt. Es herrscht Konsens bzw. Willensübereinstimmung, wo zuvor wettbewerbstypische Gegensätzlichkeit bestand⁵⁰³. *Dritte* können wiederum boykottiert und so in der *Ausübung* ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit (in ihrem Handeln also) beschränkt werden.

⁵⁰⁰ SCHMIDHAUSER, Art. 2 N. 6; ZÄCH, N. 35. *Konzerninterne* Abreden werden (genauso wie die konzerninternen Strukturänderungen bei den Unternehmenszusammenschlüssen) nicht erfasst. Zum alten Recht SCHLUEP, Kommentierung, S. 170. Zum EG-Recht z.B. NICOLAYSEN, S. 237, und EuGH vom 12. Januar 1995, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs. T-102/92, Slg. 1995, II-17, N. 47 ff.

⁵⁰¹ Botschaft 1994, S. 78: „gewolltes Zusammenwirken“ (so auch zu finden im Entscheid *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 18); Bunte, § 1, S. 202; Konzentrationsmemorandum, S. 341; NORDMANN, S. 49 f. (und S. 164 zum EG-Recht).

Immerhin können sich bei Kartellen oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen allenfalls nachträglich (indirekt), als Folge ihres Verhaltens, Strukturänderungen einstellen. Dies z.B. dann, wenn Dritte aus einem Markt herausfallen und deren wirtschaftliche Tätigkeiten entweder von anderen Willensbildungsbasen übernommen werden oder unbenutzt untergehen. Ähnlich (aber etwas absoluter) auch NORDMANN, S. 50 (in seiner FN. 240).

⁵⁰² *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220 ff., N. 58; BALDI, Zwölf Charakteristika, S. 11 („Ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung [im Sinne einer Abrede] vorliegt, beurteilt sich danach, ob die marktbezogene Handlungsfreiheit der betroffenen Unternehmen [...] eingeschränkt wird“); BORER, Art. 4 N. 4 und Art. 5 N. 6 und 22; EMMERICH, S. 161 f.; LÜDER, S. 55 (in seiner FN. 277); SCHMIDHAUSER, Art. 4 N. 22; ZÄCH, N. 39, 48, 60 und 277.

⁵⁰³ BRECHBÜHL, S. 25, linke Spalte, spricht explizit von „Willensübereinstimmung“ (also vom Konsens), NORDMANN, S. 50, von solidarischem Verhalten (welches selbstverständlich auch auf einer Willensgleichrichtung beruht).

Demgegenüber wird beim Zusammenschluss der Träger dieser Handlungsfreiheit selbst, d.h. die Willensbildungs**basis** direkt modifiziert⁵⁰⁴.

Entsprechendes gilt auch für **missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen** jedoch mit dem Unterschied, dass die Freiheit der Marktteilnehmer grundsätzlich einseitig (durch das Verhalten eines dominanten Unternehmens) eingeschränkt wird.

Auch wenn die Prüfung aller kartellrechtlich relevanten Wettbewerbsbeschränkungen demselben Zweck dient (Art. 1 KG), erfassen die einzelnen Kontrollen einander prinzipiell ergänzende Sachverhalte „und führen damit zu einem **kohärenten System** der Bekämpfung aller Formen von Wettbewerbsbeschränkungen“⁵⁰⁵. Bei *Zusammenschlüssen* als Anwendungsbereich der Strukturkontrolle *ändern sich die ursprünglichen Willensbildungsbasen von wirtschaftlich selbständigen Einheiten bezüglich ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten*, während bei den *verbleibenden Wettbewerbsbeschränkungen* unmittelbar die *Handlungsfreiheit von gleichbleibenden Willensbildungsbasen bezüglich ihren wirtschaftlichen Tätigkeiten beschränkt* wird. Die Strukturänderung spezifiziert und unterscheidet sich somit von den anderen Verhaltensformen nicht einfach dadurch, dass „auf dem betroffenen Markt [...] nach Vollzug [eines Zusammenschlusses] ein Unternehmen anstatt zweier zurück[bleibt]“⁵⁰⁶. Dies kann schon deshalb nicht stimmen, da bereits bei jeder Übernahme eines Unternehmens durch einen Konzern, der bisher in anderen Märkten tätig war, die Zahl der Teilnehmer im Marktbereich des übernommenen Unternehmens konstant bleibt. Vielmehr ist die Spezifizierung darin zu sehen, dass beim Strukturänderungsvorgang (zumindest) eine wirtschaftlich selbständige Einheit ihren bestimmenden Einfluss – der seinen Ursprung stets in der Willensbildungsbasis hat – auf ihre wirtschaftliche Tätigkeit zu Gunsten (zumindest) einer anderen wirtschaftlich selbständigen Einheit verliert, wobei Erstere auch weiterhin fortbestehen kann⁵⁰⁷. Letzteres ist beispielsweise dann gegeben, wenn bloss die Tochterfirma eines Konzerns verkauft wird. Die wirtschaftlich selbständige Einheit des Restkonzerns bleibt – relativiert bezüglich des verlorenen Markteinflusses – weiterhin bestehen.

Sowohl die Unternehmenszusammenschlüsse als auch die anderen kartellrechtlich erheblichen Verhaltensformen müssen schon aus teleologischen Überlegungen⁵⁰⁸ für den Wettbewerb zumindest potentiell eine Gefahr darstellen. Inwiefern nun aber die *Strukturänderung* (Zusammenschluss) dem relativen

⁵⁰⁴ KARTTE, S. 274; LÜDER, S. 55 (in seiner FN. 277).

Abzugrenzen vom Vorgang des Zusammenschlusses als auch von der Abrede (bzw. vom missbräuchlichen Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens) ist die Koordinierung einzelner Willensträger beim Willensbildungsprozess innerhalb eines Unternehmens. Dieses Verhalten liegt einer jeden wirtschaftlich selbständigen Einheit inne, die sich aus mehr als einem Willensträger zusammensetzt. Solche Koordinierungen sind notwendig, damit eine Willensbildungsbasis überhaupt einen Entscheid fällen kann.

⁵⁰⁵ Botschaft 1994, S. 53.

⁵⁰⁶ So aber LÜDER, S. 55.

⁵⁰⁷ BLANK, S. 67 m.w.H. („bei gleichbleibender Zahl der Unternehmen“); BUNTE, § 1 N. 258 („Die Kooperation steht im Gegensatz zur Konzentration, bei der eine selbständige Unternehmenstätigkeit aufgegeben wird“).

⁵⁰⁸ Dazu bereits supra KAPITEL 1: B.I.

Förderungsgedanken genügt und somit als Abgrenzungskriterium in Frage kommt, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung. Auch ist zu klären, ob diese Charakterisierung von Zusammenschlüssen auch allen Joint Venture-Entstehungen eigen ist (neue Konzeption).

Ausgeblieben ist noch die Stellungnahme zur anfangs angedeuteten Unterscheidung, wonach *Wettbewerbsbeschränkungen* in solche *durch Zustand* (Zusammenschlüsse) oder *durch Massnahme* (kartellrechtliche Verhaltensweisen) einzuteilen sind. Dieses Ausdruckspaar kann irritierend wirken. Denn das KG erfasst ausschliesslich (dynamische) Marktvorgänge und nicht etwa auch (statische) Zustände⁵⁰⁹. Auf diese Bezeichnungen ist deshalb besser zu verzichten. Ansonsten kann es zu einem auf Missverständnis beruhenden Argumentieren verleiten: So findet sich z.B. bei LOHSE basierend auf diesem Fehlverständnis die Begründung, dass das Zusammenschluss*privileg* für die von ihr untersuchte ausländische Rechtsordnung nicht gelten könne, da auch die Strukturänderung per Massnahme zustande kommt⁵¹⁰. Eine solche Kritik ist jedoch von Anfang an zum Scheitern verurteilt: Nur weil es sich bei der Strukturänderung ebenso wie bei den restlichen Verhaltensweisen um einen Vorgang handelt, heisst dies noch lange nicht, dass damit überhaupt keine Unterschiede zwischen Wettbewerbsbeschränkungen bestehen würden, wo insb. eine allfällige Privilegierung Platz fände.

⁵⁰⁹ Siehe bei supra KAPITEL 1: B.I.1 in fine.

⁵¹⁰ LOHSE, S. 51.

C. Ablehnung des Vollfunktionskriteriums

Eine immer grössere Bedeutung bei der Frage nach der Einordnung von Joint Venture-Entstehungsvorgängen nimmt die Einteilung in sog. Voll- resp. Teilfunktions-Joint Ventures ein; für die Schweiz besonders seit Erlass der Ausführungsverordnung (Art. 2 VKU)⁵¹¹. Unter einem **Vollfunktions-Joint Venture** wird im allgemeinen ein Gemeinschaftsunternehmen verstanden, das „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“⁵¹². Während sich solche Joint Ventures dadurch auszeichnen, dass sie all jene wirtschaftlichen Funktionen ausüben, welche auch andere Unternehmen in diesem *Markt* wahrnehmen, begnügen sich **Teilfunktions-Joint Ventures** mit bloss einer oder mehreren (aber eben nicht allen) Hilfsfunktionen *im* jeweiligen Markt⁵¹³. Je nach den ausgeübten Funktionen lassen sich Letztere weiter differenzieren und entsprechend in folgende Arten unterteilen: Gemäss den einzelnen Prozessebenen in einem Markt kann von einem *Forschungs- und Entwicklungs-Joint Venture* – wenn zur gemeinsamen Zukunftssicherung der Mutterunternehmen Know-how und Innovationen erarbeitet werden – von einem *Beschaffungs-Joint Venture* – wenn für die Partner zu deren Hauptproduktion notwendigen Güter (Rohstoffe, Vor- und Endprodukte) besorgt werden – von einem *Produktions-Joint Venture* – wenn das Gemeinschaftsunternehmen für die Partner Waren herstellt resp. zentrale Dienstleistungen ausführt – oder von einem *Vertriebs-Joint Venture* – wenn die Produkte der Partner nach aussen angeboten werden – gesprochen werden⁵¹⁴. Als weitere Einteilungsmöglichkeiten sind zu erwähnen das sog. *Dienstleistungs-Joint Venture*, welches lediglich Ergänzungsleistungen erbringt wie z.B. Marketing (insb. Werbung), Beratung, Halten von Lizenzen, Datenverarbeitung, Transport, Entsorgung oder Inkasso, und das sog. *Spezialisierungs-Joint Venture*, wo bestimmte Erzeugnisse unter Verzicht der Partner hergestellt werden⁵¹⁵. Betroffen sein kann bei dieser letzten Joint Venture-Art die ganze Bandbreite der Produktion, also vom Vor- bis zum Endprodukt, weshalb es sich m.E. um eine Mischung aus einem Beschaffungs- und einem Produktions-Joint Venture handelt.

Ob schliesslich ein *Voll-* oder *Teilfunktions-Joint Venture* vorliegt, hängt (analytisch gesehen) davon ab, *inwiefern ein eigener Markt für die ausgeübten*

⁵¹¹ Eine solche Einteilung ist der schweizerischen Rechtslehre nicht erst seit kurzem bekannt. Unter jeweils anderen Bezeichnungen unterscheiden in ähnlichem Masse schon NÄGELI I, S. 103 und 244 ff. (vgl. auch supra KAPITEL 1: B.II: 'Teilfusion' und 'Zweckgemeinschaft'), und SCHLUEP, S. 255 m.w.H. (mit dem Begriffspaar 'gegenständliche Kooperation' und 'funktionale Kooperation'). Eine ähnliche Unterteilung wird übrigens auch im Konzernrecht (für sog. 'Joint Ventures') vorgenommen: VONBÜREN, S. 40.

⁵¹² Vgl. nebst Art. 2 VKU auch Art. 3 Abs. 2 FKVO. Zur Gleichsetzung dieser Wendung mit der Vollfunktionsfähigkeit beispielsweise die Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 11; BORER, Art. 4 N. 42; DUCREY, S. 135; ZÄCH, N. 420; ZURKINDEN, S. 92 ff. Abweichend aber LÖFFLER, Art. 3 N. 37, und LÜDER, S. 18 ff. Näheres dazu infra KAPITEL 5: D.IV.

⁵¹³ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 12 und 13.

⁵¹⁴ KLING/ADKINS, S. 2; DJALALI, S. 32 f.; DUCREY, S. 141; NÄGELI I, S. 248; LOHSE, S. 7; NORDMANN, S. 9; OERTLE, S. 14 f.; SCHLUEP, S. 255; WEDER, S. 52; ZURKINDEN, S. 227 ff.

⁵¹⁵ DJALALI, S. 33; FUNKE, S. 194; LOHSE, S. 7; NORDMANN, S. 9; WEDER, S. 52; ZURKINDEN, S. 229 ff.

Funktionen des Joint Ventures besteht⁵¹⁶. So kann z.B. bei einem Joint Venture mit Vertriebsfunktion entweder ein Vertriebs-Joint Venture oder dann ein Vollfunktions-Joint Venture auf einem nachgelagerten, aber bereits eigenständigen Markt (Marktnähe) vorliegen. Die Einteilung ist also stets auch von der Gesamtbeurteilung der Marktlage abhängig, insb. der Marktnähe der Funktionen⁵¹⁷.

Unbedeutender ist heute die Einteilung in sog. konzentrativen und kooperativen Joint Ventures. Eine solche stand v.a. im EG-Recht vor der letzten grossen Fusionsrevision im Mittelpunkt, da sie darüber entschied, ob ein Gemeinschaftsunternehmen der Struktur- oder der Verhaltenskontrolle unterlag. Dabei war das zentrale Unterscheidungsmerkmal die Koordinierung. Von einem **kooperativen Joint Venture** wurde demzufolge *immer* dann gesprochen, wenn das Gemeinschaftsunternehmen mit sich brachte, dass das Wettbewerbsverhalten der Mütter *koordiniert* wurde (aArt. 3 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO)⁵¹⁸. Selbst wenn ein solches gemeinsames Unternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllte und somit eigentlich vollfunktionsfähig war, änderte sich nichts an der vorgenommenen Einteilung (sog. *kooperative Vollfunktions-Joint Ventures*)⁵¹⁹. Von einem **konzentrativen Joint Venture** wurde erst gesprochen, wenn die Koordinierung unter den Partnern ausblieb. *Vor der letzten Revision der FKVO* wurde denn auch diese Zweiteilung oftmals auf die Schweiz übertragen und behauptet, dass die VKU die Einteilung in kooperative und konzentrativen Joint Ventures im hier gezeigten Sinn weiterhin beibehalte und damit diese Einteilung mit jener in Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures gleichsetzt⁵²⁰. Richtigerweise unterscheidet sich die

⁵¹⁶ Ähnlich festgehalten in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 12; sinngemäss auch in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 11 („Die Vermögenswerte müssen dann aber ein Geschäft bilden, dem sich eindeutig ein Marktumsatz zuweisen lässt“); Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 99 (in der dort zu findenden FN. 25); IMMENGA, S. 943 in fine (mit einem Fallhinweis). Entsprechend wohl auch ZURKINDEN, S. 231 und 237.

⁵¹⁷ Zum Marktzugang vgl. infra KAPITEL 5: D.IV.2.a.

⁵¹⁸ Dazu auch die Bekanntmachung der EU-Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1994 C 385/3 N. 8 und 17: „Die Koordinierung zwischen den Gründern und dem GU im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Unterabsatz 2 ist nur in dem Masse von Bedeutung, wie sie ein Instrument für die Herbeiführung oder Stärkung der Koordinierung zwischen den Gründern darstellt“.

⁵¹⁹ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 98 ff.; *EUREKO*, IV/M.207, 27. April 1992, WuW 12/1992, S. 1038 ff., N. 12 f. (vgl. die dort angeführten Gedanken, auch wenn im Grunde kein Joint Venture vorlag: näheres bei FN. 551); ALTIN-SIEBER, S. 266 (insb. in ihrer FN. 636); LÖFFLER, Art. 3 N. 29. Trotz dieser Dominanz des Koordinierungskriteriums bezeichnet SCHERRER, S. 333, die Voraussetzung 'Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit' als Hauptunterscheidungskriterium im *damaligen* EG-Recht (also noch vor der Revision).

⁵²⁰ BORER, S. 878 (vgl. auch BORER, Art. 4 N. 40 ff., wo dieser seine Meinung nun [*nach der Revision der FKVO*] angepasst hat); MARBACH, S. 122; NORDMANN, S. 219; SCHERRER, S. 334; WATTER/LEHMANN, S. 863, linke Spalte.

Auch wenn VONBÜREN/KINDLER, N. 33, die beiden Einteilungen unterscheiden, ist es unverständlich, weshalb die Autoren (auch noch *nach der Revision der FKVO*) für das schweizerische Kartellrecht voraussetzen, dass „die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander oder im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen mit sich bringen darf“ und somit die alte Unterscheidung wieder einführen. Dabei ist zu beachten, dass sie sich u.a. auf MARBACH und somit auf eine *Meinung vor der Revision der FKVO* berufen. Auch die Berufung auf ZURKINDEN, Fusionskontrolle, ist unberechtigt, da dieser eine andere Ansicht vertritt (vgl. zu ZURKINDEN'S Ansicht auch die Bemerkung in FN. 521, sogleich).

heutige Einteilung in Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures aber schon dadurch, dass die Teilfunktions-Joint Ventures im Gegensatz zu den kooperativen Joint Ventures nicht automatisch unter die Verhaltenskontrolle fallen und auch keine kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures umfassen können; denn die Hauptkriterien für die jeweilige Trennung sind, wie soeben aufgeführt, unterschiedlich⁵²¹.

Im Zusammenhang mit der Unterteilung der Joint Ventures gemäss dem koordinierenden Verhalten ihrer Mutterunternehmen ist auch auf die **klassische Trennungstheorie** (Entweder-Oder) hinzuweisen: Dieser zufolge werden konzentrierte Joint Ventures ausschliesslich der Strukturkontrolle unterstellt, während kooperative Joint Ventures ausschliesslich unter die Verhaltenskontrolle fallen (auf die damit zusammenhängenden Absorptionsprobleme wurde bereits hingewiesen)⁵²². Besteht zudem ein Privileg zugunsten der Zusammenschlusskontrolle, unterliegen die konzentrierten Joint Ventures einem sog. *Konzentrationsprivileg*⁵²³. In Anbetracht der Tatsache, dass sich konzentrierte Joint Ventures nebst durch die negative Voraussetzung einer fehlenden Koordinierung zusätzlich durch das positive Kriterium bestimmen – wonach (ebenso wie das Vollfunktions-Joint Venture) „auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt“ (aArt. 3 Abs. 2 UAbs. 2 FKVO) sein müssen –, ist die Einteilung in Voll- bzw. Teilfunktions-Joint Ventures als eine Art **weiterentwickelte** Trennungstheorie zu sehen⁵²⁴.

Egal welche Art der Trennungstheorie vertreten wird, immer wird die Kategorie ‚Joint Venture‘ in zwei Gruppen geteilt. Das jeweilige **Unterscheidungskriterium** zwischen dem Anwendungsbereich der Struktur- und der Verhaltenskontrolle ist **mit der neuen Einordnungskonzeption von vornherein nicht vereinbar**. Ob man sich nun für das Kriterium der Vollfunktion oder für jenes des koordinierten Verhaltens entscheidet, stets führt dies dazu, dass die Entstehung zumindest einer Joint Venture-Art (z.B. das Teilfunktions- oder das kooperative Joint Venture) jedenfalls nicht vom Anwendungsbereich der Zusammenschlusskontrolle erfasst wird; eine Erfassung von Joint Venture-Entstehungsvorgängen *ausschliesslich durch die Strukturkontrolle* – wie es in der Ausgangsthese geschildert wird⁵²⁵ – bleibt auf evidente Weise aus.

⁵²¹ BECHTOLD, § 1 N. 45; BECHTOLD/KLEINMANN, Einf. N. 116 ff.; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 132 (Vgl. insb. deren FN. 164. Dennoch wollen diese bei der materiellen Kontrolle wiederum nach kooperativen und konzentrierten Joint Ventures unterscheiden [N. 132 f.], weshalb die beiden Autoren im Grunde genommen auch unter die FN. 520 fallen. So übrigens immer noch DROLSHAMMER, S. 90; immerhin nicht [mehr] näher auf diese Einteilung eingehend: DUCREY, M&A, S. 137 f.); KLEINMANN, S. 608; NORDMANN, S. 10; ZURKINDEN, S. 104 ff. (der sich aber weiterhin der Ausdrücke ‚konzentrierte‘ und ‚kooperative‘ bemächtigt, diese alsdann mehr oder weniger im Verständnis der oben verwendeten Voll- resp. Teilfunktions-Joint Venture gebraucht).

⁵²² ALTIN-SIEBER, S. 261; BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 115; EMMERICH, S. 265; EMMERICH, Kartellrecht, S. 297; FUNKE, S. 82; KLEINMANN, S. 607, rechte Spalte; RITTNER, S. 424 f.; ULMER, S. 433 ff.; WIEDEMANN, S. 285 ff.

Zu den Absorptionsproblemen vgl. schon supra KAPITEL 3: B.

⁵²³ Dazu bereits bei FN. 338.

⁵²⁴ Zudem spricht DUCREY, S. 136, auch bei der Einteilung in Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures vom für die Trennungstheorie typischen Konzentrationsprivileg.

⁵²⁵ Siehe auch supra KAPITEL 4: B in fine.

Im Verlaufe dieser Abhandlung ist zu klären, welche andere Bedeutung – als jene des Unterscheidungskriteriums zwischen den Anwendungsbereichen beider Kontrollarten – der Vollfunktion im Rahmen der neuen Konzeption zukommt und wie eine solche neue Ansicht im Einzelnen zu belegen ist⁵²⁶.

⁵²⁶ Infra KAPITEL 5: D.IV.

D. Kontrollerwerb als entscheidendes Abgrenzungskriterium

Ein der neuen Konzeption entsprechendes Unterscheidungskriterium zwischen dem Anwendungsbereich der Struktur- und der Verhaltenskontrolle muss, wie schon erwähnt, alle Arten von Joint Venture-Entstehungen gleich prägen. Ein solches ist folglich bereits in der Definition der Joint Venture-Entstehung zu suchen und nicht erst auf Ebene der Joint Venture-Arten (also auch nicht bei der Einteilung nach der Anzahl Funktionen eines Gemeinschaftsunternehmens). Zentral prägendes Merkmal einer jeden Joint Venture-Entstehung ist der Erwerb gemeinsamer Kontrolle. Soll sich die neue Einordnungskonzeption bewahrheiten, so muss die primäre Charakterisierung des Unterscheidungskriteriums (Spezifizierung der Strukturänderung) in diesem Kontrollerwerb wiederzufinden sein.

Dass dies im schweizerischen Kartellrecht so ist, lässt sich ohne weiteres herleiten. Dazu folgender Syllogismus: *Da der beim Joint Venture erforderliche „[Kontroll]erwerb das eigentliche Schlüsselement des Zusammenschlussbegriffs“⁵²⁷ darstellt und Unternehmenszusammenschlüsse primär durch die Strukturänderung charakterisiert sind (wodurch sie sich von anderen kartellrechtlich relevanten Verhaltensformen unterscheiden)⁵²⁸, ist folglich auch der Kontrollerwerb durch die Strukturänderung geprägt.* Im Anschluss wird diese logische Schlussfolgerung näher, d.h. in allen Einzelheiten und konsistenter dargelegt.

I. Beziehung des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle zur Strukturänderung

Der gemeinsame Kontrollerwerb setzt sich aus drei Bestandteilen zusammen: der *Kontrolle*, dem *Erwerb* und schliesslich der *Gemeinsamkeit*. Der erste und der letzte Begriff umschreibt jeweils das Joint Venture als Zustand, während mit 'Erwerb' ein dynamisches Element gemeint ist, das einen Vorgang (und nur ein solcher kann überhaupt kartellrechtserheblich sein) beschreibt⁵²⁹. Auch die Strukturänderung kann – wie schon gesehen – in Bestandteile, die einen Zustand und solche die einen Vorgang umschreiben, zerlegt werden. Im Anschluss werden diesen Gedanken folgend zuerst die **statischen** (1) und dann die **dynamischen** (2) Elemente einander gegenübergestellt und Gemeinsamkeiten aufgezeigt.

Um den Kontrollerwerb besser zu verstehen, sind zu Beginn die **Mittel, mit denen kontrolliert wird**, näher zu betrachten. Diese zielen entweder auf das *Vermögen* oder dann auf die *Entscheidungsorgane* eines anderen Unternehmens ab (Art. 1 VKU; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 FKVO und § 37 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Unter Erstere fallen v.a. Eigentums- und Nutzungsrechte; unter Letztere v.a. Beteiligungsrechte (insb.

⁵²⁷ ZURKINDEN, S. 45. Siehe auch in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 4: „Ob ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung vorliegt oder nicht, richtet sich eher nach qualitativen [...] Kriterien, wobei der Begriff der *Kontrolle von zentraler Bedeutung* ist“.

⁵²⁸ Supra KAPITEL 5: B.II.3.

⁵²⁹ Supra KAPITEL 1: B.I.

Stimmrechte), personelle Verflechtungen und diverse Verträge wie beispielsweise der Aktionärbindungs-, der Beherrschungs-, der Betriebsüberlassungs- oder der Managementvertrag, wo materiell eine eigentliche *Organverschiebung* auf die Kontrollinstanz stattfindet⁵³⁰. Auch wenn es bei der kartellrechtlichen Kontrollausübung auf die betätigten Mittel grundsätzlich nicht ankommt⁵³¹, kann dieses folgendes entnommen werden: Jene, die auf die Entscheidungsorgane zielen, beeinflussen direkt die *Willensbildung* eines anderen Unternehmens und dadurch indirekt auch dessen Vermögen bzw. dessen *wirtschaftliche Tätigkeit*⁵³². Jene Mittel, die direkt auf das Vermögen zielen, üben ihre Kontrolle nicht über eine andere (unselbständige) Gesellschaft aus⁵³³, sind indirekt aber auch mit der Willensbildung eines anderen Unternehmens in Verbindung zu bringen, und zwar dadurch, dass beim Kontrollübergang das betreffende Vermögen dem bestimmenden Einfluss der fremden wirtschaftlich selbständigen Einheit (der bestimmende Einfluss hat seinen Ursprung stets in der *Willensbildungsbasis* der wirtschaftlich selbständigen Einheit) entzogen wird. Den Kontrollmitteln ist also gemeinsam, dass diese stets direkt oder indirekt auf die beiden Kriterien der '*Willensbildung*' und der '*wirtschaftlichen Tätigkeit*' – wie sie auch für die Spezifizierung der *Strukturänderung* im Vordergrund stehen – gerichtet sind⁵³⁴.

1. Gemeinsame Kontrolle und Marktstruktur

a. Gegenstand

aa. Kontrolle

Kontrolliert wird im Kartellrecht nun dann, wenn durch die gezeigten Mittel ein *bestimmender Einfluss* auf wirtschaftliche Tätigkeit oder auf die Willensbildung eines anderen Unternehmens ausgeübt werden kann. Mit dem Ausdruck 'bestimmender Einfluss' wird noch nicht viel gesagt; das Problem verlagert sich

⁵³⁰ Vgl. generell: Art. 4 Abs. 3 lit. b KG; Art. 1 und Art. 5 Abs. 1 lit. d i.V.m. lit. a VKU. BORER, Art. 4 N. 32; DUCREY, S. 131 f.; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 99 ff.; GUHL/DRUEY, § 67 N. 106 (Eine Organverschiebung kann auch bei intensiven Franchise-Verträgen stattfinden); LÖFFLER, Art. 3 N. 27; MARBACH, S. 119 f.; SCHERRER, S. 332. Solche Mittel können auch in Kombination auftreten und Kontrolle verschaffen. Zur personellen Verflechtung vgl. auch den Fall *Fusion de deux caisses-maladie*, RPW 1997/3, S. 331.

⁵³¹ Botschaft 1994, S. 83; Kommentar zum E-VKU, S. 4; MARBACH, S. 119; MEIER-SCHATZ, S. 114; SCHERRER, S. 330; VENTURI, S. 12.

⁵³² Kommentar zum E-VKU, S. 4; *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 16; BORER, Art. 4 N. 31; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 98; TSCHÄNI, M&A, S. 17: Kontrolliert wird die Gesellschaft, auch wenn es wirtschaftlich betrachtet um das Unternehmen (wirtschaftliche Tätigkeit) der Gesellschaft geht.

⁵³³ Sinngemäss TSCHÄNI, M&A, S. 5.

⁵³⁴ Eine entsprechende Zweiteilung findet sich auch bei ZURKINDEN, S. 55, und in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 8: „Die Kontrolle kann sich auf ein oder mehrere Unternehmen erstrecken, die eine eigene *Rechtspersönlichkeit* besitzen, oder aber auf das Unternehmensvermögen oder einen Teil desselben“. Im Falle der Kontrolle eines Unternehmens über seine Rechtspersönlichkeit werden die *Beteiligungen der Gesellschaft* kontrolliert; im anderen Falle direkt das Unternehmen, also die *wirtschaftliche Tätigkeit*. Vgl. dazu auch TSCHÄNI, M&A, S. 5 und 17, und den Fall *Zürich/MMI*, IV/M.286, 2. April 1993, WuW 12/1993, S. 1069 ff., N. 4 f.

lediglich um eine Stufe⁵³⁵. Die Kontrolle muss sich im wesentlichen auf die **zentralen strategischen Entscheide** über eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit beziehen⁵³⁶. Ist die Tätigkeit einer anderen Gesellschaft unterstellt, so führt die Kontrolle über die Willensbildungsorgane dieser anderen Gesellschaft. Wichtige strategische Entscheide sind insb. solche über die Finanzplanung (v.a. über die Investitionen), über den Geschäftsplan und über die personelle Zusammensetzung der Geschäftsleitung, durch welche jeweils Einfluss auf die Geschäftspolitik genommen wird⁵³⁷. Die Kontrolle selber ist auf die Willensbildungsbasis des kontrollierenden Unternehmens zurückzuführen. Der dort entstehende *eigene Wille* kann bezüglich der wirtschaftlichen Tätigkeit bzw. der Willensbildung – der diese Tätigkeit haltenden Gesellschaft (im Umfang der strategischen Entscheide) – konstant⁵³⁸ entweder *vollständig* – wie z.B. bei alleiniger Kontrolle mittels der Mehrheit der Stimmrechte – oder *ansatzweise durchgesetzt* werden⁵³⁹. Bedeutendster *Unterschied zum Konzern*⁵⁴⁰ ist der, dass die

⁵³⁵ So denn auch KLEINMANN, S. 606, linke Spalte.

⁵³⁶ Kommentar zum E-VKU, S. 3 f.; *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 10; *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola (Symbian II)*, JV.12, 22. Dezember 1998, N. 9; BORER, Art. 4 N. 31; SOMMER, S. 5 m.w.H. Dabei ist es nicht notwendig, dass sich die Kontrolle auch auf die gewöhnlichen Geschäftsvorgänge (die unmittelbaren Massnahmen; die operativen Tätigkeiten) bezieht: so IMMENGA, S. 926; SUTER DEPLAZES, S. 23 m.w.H. (Bemerke: ZURKINDEN, S. 59, spricht davon, dass sich die Kontrolle auch auf operative Tätigkeiten beziehen muss. Diese Diskrepanz ist aber eher auf unterschiedliche terminologische Auffassungen als auf unterschiedliche inhaltliche Verständnisse zurückzuführen).

⁵³⁷ Botschaft 1994, S. 83; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 23 ff.; *TUI/Kuoni*, RPW 2000/3, S. 399 ff., N. 9; *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 13; *Thyssen Stahl AG/Krupp Hoesch Stahl AG*, RPW 1997/3, S. 344 ff., N. 5; *Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals*, COMP/JV.42, 21. März 2000, N. 6; *TXU Europe/EDF London Investments*, COMP/JV.36, 3. Februar, 2000, N. 15; *FreeCom/Dangaard*, CPMP/JV.26, 1. Dezember 1999, N. 7; BORER, Art. 4 N. 31 und 34; DUCREY, M&A, S. 137; DUCREY/DROLHAMMER, Art. 4 N. 95 ff.; IMMENGA, S. 926 und 929 ff. m.w.H.; MARBACH, S. 120; MEIER-SCHATZ, S. 115 m.w.H.; NORDMANN, S. 218; SCHERRER, S. 331; ZÄCH, N. 419; ZURKINDEN, S. 54 ff.

Keine strategischen Entscheide liegen vor, wenn es lediglich um den *Schutz finanzieller Interessen* der Beteiligten geht wie bei Entscheidungen über die Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen oder die Liquidation. Einflussmöglichkeiten auf solche Entscheide werden in der Regel von den Kapitalgebern kontrolliert (Gläubigerschutzrechte). Zum Ganzen: Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 22; MEIER-SCHATZ, S. 115; ZURKINDEN, S. 59. Vgl. auch die Fälle *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, RPW 1997/2, S. 179 ff., N. 26, und *Erdania/ISI*, IV/M.62, 30. Juli 1991.

⁵³⁸ Ausführlich bei FN. 549.

⁵³⁹ IMMENGA, S. 926 m.w.H.; KLEINMANN, S. 606, rechte Spalte; MEIER-SCHATZ, S. 116 m.w.H. Vgl. ergänzend dazu bereits SCHLUEP, S. 264 f. m.w.H. auf konzernrechtliche Überlegungen: „Beherrschung [...] [wird] als Möglichkeit [definiert], das andere Unternehmen 'seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen'“.

Die *volle Durchsetzung* des eigenen Willens kann beispielsweise auch durch eine Minderheitsbeteiligung bewirkt werden, falls es sich beim Zielunternehmen z.B. um eine Publikumsgesellschaft handelt, deren restlichen Anteile sich in Streubesitz befinden (faktische Umstände; Fallbeispiele finden sich bei WATTER/LEHMANN, S. 861 f.), oder falls Rechte – wie z.B. solche, die die Fähigkeit verleihen, über die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats oder des Vorstands zu bestimmen – die Minderheitsbeteiligung ergänzen (rechtliche Umstände). Näheres dazu u.a. in der Botschaft 1994, S. 83, in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 13 ff., und bei LÖFFLER, Art. 3 N. 10.

⁵⁴⁰ Unter einem Konzern wird die Gesamtheit aller rechtlich selbständigen Unternehmen verstanden, die gleichzeitig unter einer *einheitlichen wirtschaftlichen Leitung* stehen: vgl. im Gesellschaftsrecht: Art. 663e OR. Zur Verwendung derselben Terminologie in anderen Rechtsgebieten vgl. VONBÜREN, S. 5 ff. Gleiche oder ähnliche Definitionen finden sich bei BOEMLE, S. 507; DJALALI, S. 49; DRUEY/VOGEL, S. 3 ff. und 43 ff.; OERTLE, S. 20; VONBÜREN, S. 15; WEDER, S. 43. Vor Erlass des Art. 663e OR wurde nicht selten auch Bezug auf die deutschen Bestimmungen zum Konzern (insb. § 17 f. AktG) genommen (so z.B. bei SCHLUEP,

Kontrolle nicht tatsächlich ausgeübt werden muss. Kartellrechtlich reicht bereits die schlichte **Möglichkeit** zur Kontrolldurchsetzung aus⁵⁴¹. Immerhin muss diese Möglichkeit *dauerhaft* bestehen⁵⁴².

Mit **'ansatzweise'** sind nebst der *gemeinsamen*⁵⁴³ Kontrolle auch jene Fälle erfasst, wo ein (eigener) Wille zwar keine positive Einflussmöglichkeiten auf die strategischen Entscheide eines Unternehmens hat, solche aber **zumindest durch ein Veto** verhindern kann⁵⁴⁴. Diese Auffassung ist nicht unbestritten⁵⁴⁵. In Anbetracht der Umstände, dass ein Unternehmen mit einem Veto über ein anderes Unternehmen dessen Entscheide – mit welchen Ersteres nicht einverstanden ist – stets blockieren und damit die Aktivitäten des so kontrollierten Unternehmens bis zu einem gewissen Grad lenkend steuern kann⁵⁴⁶, mithin auch keine spontanen antinomischen Willensausrichtungen zwischen solchen Unternehmen wie unter echten Konkurrenten entstehen können⁵⁴⁷, kann der Erwerb einer entsprechenden negativen Einflussmöglichkeit ebenfalls kartellrechtsverletzend sein. Eine so verstandene ansatzweise Durchsetzung des eigenen Willens muss darum auch Kontrolle im Sinne des KG sein⁵⁴⁸.

Der eigene Wille muss zudem **'konstant'** durchgesetzt werden können. Dies kann entweder alleine oder wie beim hier zu untersuchenden Joint Venture gemeinsam mit den Willen weiterer wirtschaftlich selbständigen Einheiten geschehen. Wichtig ist dabei, dass es *nicht zu wechselnden Koalitionen kommen kann*⁵⁴⁹. Im Fall *Virtuelle Kalenderfabrik Schweiz (VKFS)* wurde die gemeinsame Kontrolle von vier Unternehmen aus der Druckbranche abgelehnt, da die konstante Beeinflussung strategischer Entscheidungen durch einzelne Mütter aufgrund wechselnder Allianzen nicht sichergestellt war⁵⁵⁰. Gleiches ist im Fall *EUREKO* von der EU-Kommission entschieden worden, wo vier Versicherungsunternehmen je zu 25% an einem Unternehmen beteiligt waren⁵⁵¹.

S. 264). § 18 Abs. 1 AktG hält fest: „Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern“. Vgl. des Weiteren auch NÄGELI I, S. 194 ff.

⁵⁴¹ Botschaft 1994, S. 83; Kommentar zum E-VKU, S. 3; *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 15; BORER, Art. 4 N. 31; DUCREY, S. 131; MARBACH, S. 119; SOMMER, S. 4 f.; SUTER DEPLAZES, S. 22; VENTURI, S. 11; WATTER/LEHMANN, S. 861; ZÄCH, N. 409 f. Vgl. auch IMMENGA, S. 928; LÖFFLER, Art. 3 N. 5.

⁵⁴² IMMENGA, S. 927.

⁵⁴³ Näheres dazu bei FN. 552.

⁵⁴⁴ *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 40. BORER, Art. 4 N. 36; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 108 (vgl. aber FN. 545); IMMENGA, S. 934 f.; LÖFFLER, Art. 3 N. 10.

⁵⁴⁵ DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 110; KLEINMANN, S. 607, linke Spalte.

⁵⁴⁶ IMMENGA, S. 926.

⁵⁴⁷ Näheres dazu unter infra KAPITEL 5: D.I.3.

⁵⁴⁸ Die gl.M. wird explizit auch von der EU-Kommission (Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 39) und ZURKINDEN, S. 66 (in seiner FN. 345) vertreten.

⁵⁴⁹ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 35; DUCREY, S. 134; IMMENGA, S. 936; KLEINMANN, S. 607, rechte Spalte; SUTER DEPLAZES, S. 28; ZÄCH, N. 419. Vgl. auch die Relativierungen bei LÖFFLER, Art. 3 N. 22.

⁵⁵⁰ *Virtuelle Kalenderfabrik (VKFS)*, RPW 1998/1, S. 20 ff., N. 10 f. Ein weiteres Beispiel findet sich im Entscheid *BKW – AEK/Comtop*, RPW 1997/1, S. 51 ff., N. 5.

⁵⁵¹ *EUREKO*, IV/M.207, 27. April 1992, WuW 12/1992, S. 1038 ff., N. 6 ff.

bb. Gemeinsamkeit der Kontrolle

Kontrolle wird im Joint Venture stets gemeinsam ausgeübt. Dies setzt voraus, dass zumindest zwei Mutterunternehmen beteiligt sein müssen. Die Gemeinsamkeit äussert sich darin, dass die Mütter bei allen strategischen Entscheidungen, die das Joint Venture betreffen, **Übereinstimmung** (in der Regel ein Kompromiss) erzielen müssen und insofern aufeinander angewiesen sind; die konstante ansatzweise Durchsetzung jedes eigenen Mutterwillens zeigt sich in der Möglichkeit, Aktionen – welche das strategische Wirtschaftsverhalten des Joint Ventures bestimmen – *blockieren* zu können (Kontrolle durch die Möglichkeit, **Pattsituationen** [deadlocks] hervorzurufen)⁵⁵². Werden Entscheide also nicht blockiert, so entsprechen diese zumindest ansatzweise, im Rahmen der Übereinstimmung, den einzelnen Mutterwillen. Die Notwendigkeit einer Übereinstimmung kann auf verschiedene Arten hervorgerufen werden: Am deutlichsten wird eine solche in der Konstellation, wo nur zwei Mutterunternehmen vorhanden sind und entweder Stimmrechte oder Rechte zur Besetzung der Entscheidungsgremien (solche Gremien können sich auch in sog. Aufsichtsboards wiederfinden, wie z.B. im Entscheid *PubliGroupe - Swisscom* zu sehen ist)⁵⁵³ **paritätisch** auf die Mütter verteilt sind⁵⁵⁴. Die Besonderheit liegt hier insb. darin, dass sich ein gemeinsames Vorgehen grundsätzlich auch ohne zusätzliche Vereinbarungen aufdrängt⁵⁵⁵. *Andere Kriterien* werden nötig, wenn mehr als zwei – auch mit gleichen Stimm- oder Besetzungsrechten ausgestatteten – Partnerunternehmen übereinstimmend entscheiden sollen, wenn die Partner nicht die gleichen Stimmrechtsanteile haben oder wenn sie nicht gleich stark in den Entscheidungsgremien vertreten sind⁵⁵⁶. Im Vordergrund stehen dann Rechte, welche es Minderheitsgesellschaftern ermöglichen, bei strategischen Entscheiden über das Joint Venture ein **Veto** einzulegen, wie im Fall *AZ Vertriebs AG* geschehen ist⁵⁵⁷. Solche Rechte können auf verschiedenste Arten auftreten, wobei auch hier grundsätzlich dasselbe gilt, wie bereits generell (im Zusammenhang mit der Kontrolle)

⁵⁵² Kommentar zum E-VKU, S. 3; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 18 f.; *NOK-E.On-Watt*, RPW 2001/4, S. 712 ff., N. 10; *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 13; *Watt AG*, RPW 1997/4, S. 558 ff., N. 23; *Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo (NEB)*, COMP/JV.39, 28. Februar 2000, N. 8 f.; *Sony/Time Warner/CDnow*, COMP/JV.25, 21. Dezember 1999, S. 2 („**consent** [...] will be required before Holdco can take strategic decisions. If Holdco does not obtain the required consent from Time Warner and Sony, then any unauthorised decision or action will be considered void *ab initio* [ex tunc] under the terms of the Governance Agreement [...] Such a decision or action would have to be re-submitted to Time Warner and Sony for their consent“); *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola (Symbian II)*, JV.12, 22. Dezember 1998, N. 9; BORER, Art. 4 N. 39; DJALALI, S. 54 und 56 f.; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 110; MEIER-SCHATZ, S. 115 f.; SCHERF, S. 248, linke Spalte; SUTER DEPLAZES, S. 21 f.; VENTURI, S. 13; ZÄCH, N. 419.

⁵⁵³ *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 10 f.

⁵⁵⁴ Klassisches Beispiel ist eine 50%-Beteiligung zweier Mütter (*Airrange AG*, RPW 2000/3, S. 445 ff.; *Markt für Postsendungen ohne Adresse*, RPW 1997/3, S. 301 ff., N. 5; *Chronopost España*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 6 f.). Da keiner der beiden alleine eine Entscheidung durchbringen kann und diese im Normalfall eine Pattsituation für Joint Venture-Entscheide vermeiden wollen, sind die Mütter forciert, zusammenzuarbeiten. Ähnlich auch bei IMMENGA, S. 936; LÖFFLER, Art. 3 N. 14 m.w.H.; SUTER DEPLAZES, S. 25 f.; ZURKINDEN, S. 65.

⁵⁵⁵ DUCREY, S. 133 f.

⁵⁵⁶ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 21 und 35.

⁵⁵⁷ *AZ Vertriebs AG*, RPW 2002/1, S. 156 ff., N. 6. Vgl. des Weiteren z.B. *BP/E.ON*, RPW 2002/1, S. 162 ff., N. 4 und 10.

zum Veto ausgeführt ist⁵⁵⁸. Ohne besondere Vetorechte ist eine Übereinstimmung mehrerer Minderheitsgesellschafter dann erforderlich, sobald diese **zusammen die nötige Mehrheit** für strategische Entscheide bilden **und** ihre **Minderheitsbeteiligungen gleichgerichtet ausüben** – entweder aufgrund rechtlicher Umstände (*de iure joint control*), indem die Beteiligungen in eine Holding eingebracht sind resp. eine Pool-Vereinbarung zwischen den Minderheitsgesellschaftern besteht oder (ganz selten) aufgrund faktischer Gegebenheiten (*de facto joint control*), indem die Beteiligten von starken gemeinsamen Interessen geleitet werden – also gesichert erscheint, dass diese nicht gegeneinander handeln werden⁵⁵⁹.

Zwei Ergänzungen sind der Gemeinsamkeit anzuführen, wobei beide unabhängig sind von der Art, wie eine Übereinstimmung hervorgerufen wird: Die erste betrifft die Situation des sog. **Industrial leaderships**. Dabei hat eines der Mutterunternehmen *besondere Erfahrung im operativen Tätigkeitsbereich des Joint Ventures*; andere Mütter sind nur teilweise oder gar nicht in den *Alltagsgeschäften* des gemeinsamen Unternehmens tätig, da der Grund ihrer Präsenz beispielsweise nur image- oder finanzstrategischer Natur ist⁵⁶⁰. Solange den Mutterunternehmen – auch wenn sie bloss finanzielle Interessen hegen und keine besonderen Kenntnisse im Alltagsgeschäft haben – die realistische Möglichkeit vorbehalten bleibt, **strategische** Entscheide des Joint Ventures zu blockieren, muss von einer gemeinsamen (wie beispielsweise im Fall *Kiebitz Verlag* oder *Post - BEVO* richtig entschieden)⁵⁶¹ und nicht von einer alleinigen Kontrolle des industrial leaders ausgegangen werden⁵⁶². Im Sinne des Letzteren tendiert aber insb. ZURKINDEN zu argumentieren⁵⁶³.

⁵⁵⁸ Vgl. schon bei FN. 544. Kommentar zum E-VKU, S. 3; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 21 ff. (in N. 24 wird ausdrücklich erwähnt, dass die Minderheitsgesellschafter nicht unbedingt Einfluss auf alle strategischen Entscheide haben müssen. Wieweit sich die Vetorechte erstrecken müssen, sei vom Einzelfall abhängig); *DyStar – BASF*, RPW 2001/1, S. 141 f.; *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 13; IMMENGA, S. 936 f.; LÖFFLER, Art. 3 N. 16; SOMMER, S. 5; SUTER DEPLAZES, S. 26 f.

⁵⁵⁹ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 30 ff.; *Ericsson/Nokia/Psion/Motorola (Symbian II)*, JV.12, 22. Dezember 1998, N. 8 ff. (*de iure joint control*) und N. 12 ff. (*de facto joint control*); DUCREY, S. 134; IMMENGA, S. 937 f.; SUTER DEPLAZES, S. 28 ff.; VENTURI, S. 14; ZURKINDEN, S. 66 f.

⁵⁶⁰ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 36. Als Beispiel, wo spezifische Branchenkenntnisse eine Rolle spielten: *Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, RPW 1997/2, S. 179 ff., N. 23 f. Anzumerken ist gleichzeitig, dass das Vorliegen der industrial leadership keine eigene Form gemeinsamer Kontrolle darstellt (so aber bei DUCREY, S. 134 f., und im Fall *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 16 [in fine], vorzufinden). Denn im genannten Fall kam es nicht darauf an, ob der branchenkundige Minderheitsaktionär Publicitas weiterhin im 'gemeinsamen' Unternehmen operativ tätig blieb, sondern vielmehr darauf, wie die Entscheidungsgremien besetzt wurden (*Publicitas – Gasser – Tschudi Druck*, RPW 1997/2, S. 179 ff., N. 25 f.). Von operativer Tätigkeit ist nicht tel quel auf strukturelle Einflussmöglichkeit zu schliessen.

⁵⁶¹ *Kiebitz Verlag*, RPW 2001/3, S. 569, N. 6 (trotz operativer Führung wurde das Vorliegen eines Joint Ventures und damit die *Gemeinsamkeit* der Kontrolle bejaht); *Post - BEVO*, RPW 1998/2, S. 268 ff., N. 6.

⁵⁶² Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 36; IMMENGA, S. 935. Sinngemäss auch DJALALI, S. 52 ff., und SUTER DEPLAZES, S. 32 f.

⁵⁶³ ZURKINDEN, S. 68. Dieser stützt sich v.a. auf das Kriterium des finanziellen Interesses ab und behauptet, dass „gerade aber diese Entscheidungen“, auf welche nur bei Gefahr des finanziellen Interesses Einfluss genommen wird, nicht zu jenen gehören, „welche Objekt der gemeinsamen Kontrolle sein müssen“ (Zusammen mit der Äusserung des Autors auf S. 90 wird klar, dass damit die Ablehnung der gemeinsamen Kontrolle gemeint ist). Dieser Gedanke birgt aber eine Fehlüberlegung: Denn die Gegebenheit, dass andere Mütter als der industrial leader ihre Einflüsse „im *strategischen* Bereich“ (ZURKINDEN, S. 68) nur aus

Die zweite Ergänzung betrifft Umstände, welche das Gemeinsamkeitserfordernis *relativieren*. Pattsituationen, welche die Existenz des Joint Ventures gefährden, sollen vermieden werden dürfen. So lässt die *EU-Kommission* zu, dass von gemeinsamer Kontrolle auch dann die Rede ist, falls *ein Partner mit seiner Stimme alleine den Ausschlag eines strategischen Entscheides über das Joint Venture geben kann*; dann nämlich, „wenn vor der Abgabe dieser entscheidenden Stimme ein *Schlichtungsverfahren und Einigungsversuche* stattfinden müssen, *oder* die entscheidende Stimme nur auf einem *sehr begrenzten Gebiet* besteht“⁵⁶⁴. Dieser Ansicht kann so nicht gefolgt werden. Denn in einer solchen Anordnung werden immer jene Unternehmen, welche am Schluss ihre Willen bezüglich den strategischen Entscheiden nicht durchsetzen, von Anfang an grosse Eingeständnisse machen und dem Willen des dominierenden Unternehmens entgegenkommen. Faktisch setzt sich letzterer Wille alleine durch. Von einer Kompromiss geprägten Übereinstimmung kann nicht mehr die Rede sein. Effiziente und funktionierende Gemeinsamkeit ist aber durch Kompromisse (in der Übereinstimmung) gezeichnet. Denn der *Druck* der Existenzgefahr des Joint Ventures – die sich bei fehlender Kompromissbereitschaft verwirklicht – lastet auf allen Müttern grundsätzlich *gleichmässig* und verhindert im Grunde, dass eben diese Gefahr eintritt. Ein unter solchem Druck zustande kommender Kompromiss ist charakteristisch für das Joint Venture. Falls nun aber eine Mutter stets davon ausgehen kann, dass ihre Ansicht spätestens am Schluss den Ausschlag gibt, unterliegt diese konsequenterweise einer geringeren Kompromissbereitschaft. Der angesprochene Existenzdruck wird für diese Mutter reduziert, indem Pattsituationen einseitig in ihrem Sinne beseitigt werden können⁵⁶⁵. Von *gemeinsamer* Kontrolle kann diesfalls nicht mehr ernsthaft gesprochen werden⁵⁶⁶. Andernfalls wäre die zentrale Voraussetzung der Gemeinsamkeit, die realistische Möglichkeit einen entsprechenden Entscheid zu blockieren, umgebar und dadurch das ganze Gemeinsamkeitserfordernis ausgehebelt.

Unklar ist die Haltung, die von den *schweizerischen Wettbewerbsbehörden* zu diesem Problem eingenommen wird. Im Entscheid *TUI/Kuoni* wird nicht genau

bestimmten (aber berechtigten finanziellen) *Absichten* geltend machen, ändert nichts an dieser tatsächlichen Möglichkeit, ihren Willen ansatzweise – mittels einer Blockierung der wesentlichen strategischen Entscheide – durchzusetzen und diesem somit kartellrechtlich genügenden Ausdruck zu verleihen (*Rätia Energie*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 12: „Entscheidend ist, ob [...] die Möglichkeit [besteht], einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit eines oder mehrerer Unternehmen auszuüben (Art. 1 VKU). *Ob dies mit der Absicht der Gewinnerzielung oder für andere Zwecke* (insb. zu Gunsten des öffentlichen Interesses) *erfolgt, ist unerheblich*“). Mögliche Ursache dieser Fehlüberlegung ist eine Verwechslung mit den Entscheiden *über* den Schutz des finanziellen Interesses (z.B. Entscheidungen über die Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen oder die Liquidation), wie sie bereits unter FN. 537 (im zweiten Absatz) behandelt werden. Dabei liegen gar *keine strategischen Entscheide* vor, weshalb es schon an der Kontrollmöglichkeit und nicht erst an der Gemeinsamkeit fehlt. Diesbezüglich liegt also keine Problematik des industrial leaderships vor, wo alle Mütter auf strategische Entscheide Einfluss nehmen können (und dies auch dann tatsächlich tun, wenn sie aus finanziellen Interessen handeln, was im übrigen ebenso bei ZURKINDEN, S. 68, zu lesen ist) und *nur auf operativer Ebene* der industrial leader alleine tätig ist.

⁵⁶⁴ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 37 m.w.H.

⁵⁶⁵ KLEINMANN, S. 607, rechte Spalte: Diesem Mutterunternehmen wird ein Stichtscheid eingeräumt, weshalb es nicht auf die anderen Mütter angewiesen ist.

⁵⁶⁶ Näher liegt in einer solchen Konstellation die Annahme einer einfachen Kontrolle, wo gerade nur die Voraussetzung der Gemeinsamkeit entfällt.

ersichtlich, ob die zwischen den beiden Reiseveranstaltern vereinbarte Ausstiegsklausel für Kuoni aus dem Joint Venture nur eine Option oder eine zwingende Folge darstellt⁵⁶⁷. Tritt der Ausstieg zwingend ein, so muss – aus denselben Gründen wie eben ausgeführt – faktisch von einer einfachen Kontrolle ausgegangen werden. Ist die Ausstiegsklausel als Wahlmöglichkeit für Kuoni zu verstehen, so verhält es sich anders: In diesem Fall bleibt diesem Reiseveranstalter als Alternative auch offen, Entscheide zu blockieren, was für eine gemeinsame Kontrolle spricht⁵⁶⁸.

Anders verhält es sich auch, wenn wie beispielsweise im Entscheid *Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo* bei Unstimmigkeiten *Schlichtungsverfahren und Einigungsversuche* vorgesehen sind, ohne dass einer Partei der alleinige Stichentscheid zufällt⁵⁶⁹. Die Gemeinsamkeit bleibt dann voll gewahrt, da alle Mütter jederzeit Entscheide blockieren bzw. eine Übereinstimmung vereiteln können. Gleiches gilt für den Fall, dass Mütter paritätisch in den zuständigen Entscheidungsgremien vertreten sind und *für den Stichentscheid eine von allen Müttern (einstimmig) ernannte Person zuständig ist*. Zwar wird hier die Möglichkeit einer andauernden Pattsituation ausgeschlossen. Da jedoch keinem Mutterunternehmen alleine der Stichentscheid zukommt, dieser vielmehr der von allen gewählten – und darum zwischen den Müttern einen Kompromiss suchenden – Person zufällt, kommt eine gemittelte Übereinstimmung zustande, die noch als Resultat eines Kompromisses angesehen werden kann⁵⁷⁰.

b. Gegenüberstellung

Vergleicht man nun die Ausführungen zur gemeinsamen Kontrolle mit jenen zur Marktstruktur (bzw. der dahinter stehenden Willensbildungsbasis), so fällt auf, dass viele Bezugspunkte bestehen. Wie gezeigt, sind die Mittel zur Kontrolle entweder direkt auf die wirtschaftliche Tätigkeit oder auf die Willensbildungsorgane einer zwischengeschalteten Gesellschaft gerichtet. Da jedes Joint Venture von mindestens zwei Partnern beherrscht wird, müssen die verschiedenen Willen vorweg in einem demokratischen Organ uniformiert werden, was in der Regel in einer Gesellschaft geschieht⁵⁷¹. Darum **zielt gemeinsame Kontrolle immer zuerst auf Willensbildungsgremien einer uniformierenden Institution ab** und nicht etwa auf wirtschaftliche Tätigkeit direkt. Dennoch bleibt das *eigentliche (wirtschaftliche) Ziel*

⁵⁶⁷ *TUI/Kuoni*, RPW 2000/3, S. 399 ff., N. 11.

⁵⁶⁸ Die Ausführungen der beteiligten Unternehmen deuten eher auf ein zwingendes Verständnis der Ausstiegsklausel: *TUI/Kuoni*, RPW 2000/3, S. 399 ff., N. 10. Zur Optionsvariante vgl. ergänzend aber auch IMMENGA, S. 930 (in seiner N. 39).

⁵⁶⁹ *Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo (NEB)*, COMP/JV.39, 28. Februar 2000, N. 9 f.

⁵⁷⁰ Weiteres dazu in FN. 652. Im Ergebnis die gl.M. vertritt auch ZURKINDEN, S. 66 (in seiner FN. 346), wobei dieser andere Argumente anführt. Demgegenüber will KLEINMANN, S. 607, rechte Spalte (a.M.), selbst eine solche Konstellation nicht erfasst haben.

⁵⁷¹ Zur Uniformierung mehrerer Willensausrichtungen vgl. bereits supra KAPITEL 5: B.II.1. Vgl. auch schon das Joint Venture-Definitionsverständnis bei NÄGELI (abgedruckt bei FN. 55) und TSCHÄNI (abgedruckt bei FN. 60).

stets, mittels dieser Gremien die *dahinterliegende wirtschaftliche Tätigkeit* zu kontrollieren⁵⁷².

Gemeinsame Kontrolle ist auf *mehrere Mütter zurückzuführen*. Damit die Kontrolle für das Kartellrecht von Bedeutung ist, müssen die Mütter auch „*Unternehmenseigner*“ sein, d.h. nebst der Kontrolle über das Joint Venture auch anderweitig eine wirtschaftliche Tätigkeit entscheidend beeinflussen⁵⁷³. Die einzelnen Mütter haben jeweils (hinsichtlich ihrer anderen Tätigkeiten) einen *eigenen Willen* und stellen insofern voneinander unabhängige Willensbildungsbasen bzw. wirtschaftlich selbständige Einheiten dar⁵⁷⁴. Gemeinsame Kontrolle knüpft genau dort an, wo in einem jeden Unternehmen der Willensbildungsprozess vonstatten geht (in der Willensbildungsbasis).

Da die gemeinsame Kontrolle auf Willensbildungsbasen zurückzuführen ist und wirtschaftlich betrachtet immer auf die Tätigkeit eines Unternehmens abzielt, muss die **Kontrolle** – bildlich gesprochen – das **Bindeglied** zwischen den einzelnen *Willensbildungsbasen* und ihren jeweiligen *wirtschaftlichen Tätigkeiten* sein⁵⁷⁵. Die durch das Kriterium der gemeinsamen Kontrolle verknüpften Elemente bilden die *zentralen Bestandteile der Ausführungen zur Marktstruktur*. Wie dort so muss auch hier das kontrollierte Unternehmen *wirtschaftlich unselbständig* sein. Das besondere an der Gemeinsamkeit der Kontrollmöglichkeit ist nun aber, dass *mehrere wirtschaftlich selbständige Einheiten nebeneinander* bestehen (bleiben) und auf dieselbe Gesellschaft resp. deren wirtschaftliche Tätigkeit bestimmend Einfluss nehmen können. Eine solche **Gabelung des Kontrollursprungs** ist die eigentliche Charakteristik eines jeden Joint Ventures. Dass Kontrolle und die daraus folgende Abhängigkeit auch *mehreren* voneinander unabhängig bleibenden Unternehmen entspringen kann („*mehrfache Abhängigkeit*“)⁵⁷⁶, geht schon aus einer Äusserung des deutschen Bundesgerichtshofes hervor, wonach es „gleichgültig [ist], ob der – nach aussen einheitliche – *fremde Unternehmerwille*, dem eine Gesellschaft unterworfen ist, von einem oder mehreren anderen Unternehmen gebildet wird. Die Gefahr, zum eigenen Nachteil *fremden* Unternehmensinteressen dienstbar gemacht zu werden, besteht in beiden Fällen“⁵⁷⁷. Auch wenn diese Feststellung auf gesellschaftsrechtlichen Erkenntnissen beruht, so gelten sie mit den nötigen Modifikationen auch für das Wettbewerbsrecht. Denn Gesellschaftsrecht ist institutionelles Wirtschaftsrecht, mit deren Instrumenten auch das Kartellrecht arbeitet⁵⁷⁸. Der Aspekt einer mehrfachen Abhängigkeit wird im Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes über den gesellschaftsrechtlich typischen Zweck des Schutzes von Minderheitsaktionären und

⁵⁷² Beispielsweise TSCHÄNI, M&A, S. 17. Vgl. bereits bei FN. 532. Veranschaulichend *Diav – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 15.

⁵⁷³ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 17: „Der Kontroll-Begriff der Fusionskontrollverordnung jedoch bezieht sich nur auf den Einfluss der Unternehmenseigner“. Entsprechende Gedanken finden sich im Zusammenhang mit den Ausführungen zur Marktstruktur (bei FN. 467).

⁵⁷⁴ Genaueres hierzu infra KAPITEL 5: D.I.3.

⁵⁷⁵ Vgl. auch die Ausführung in FN. 470.

⁵⁷⁶ HÜFFER, § 17 N. 13; KOPPENSTEINER, S. 80 f.; VONBÜREN, S. 26.

⁵⁷⁷ BGHZ 62, 193, 196 m.w.H.

⁵⁷⁸ Vgl. dazu FN. 53.

Gläubigern gerechtfertigt. Da aber wirksamer Wettbewerb auch solche Mechanismen *voraussetzt* und kartellrechtliche Abhängigkeit bzw. Kontrolle in einem weiteren Sinne als im Gesellschaftsrecht zu verstehen ist (in *minore maius*)⁵⁷⁹, muss auch im Kartellrecht bei gemeinsamer Kontrolle von (**mehrfacher**) **Abhängigkeit** des Joint Ventures ausgegangen werden⁵⁸⁰. Auf diese mehrfache Abhängigkeit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Joint Ventures von den Willensbildungsbasen der Partnerunternehmen wird unter Ziffer 3 weiter eingegangen.

Da die (auch gemeinsame) Kontrolle das Bindeglied der beiden Kernelemente der Marktstrukturdefinition repräsentiert, muss sich die Marktstruktur auch mittels der gemeinsamen Kontrolle definieren lassen. Die Kontrolle im kartellrechtlichen Verständnis zeigt auf, wie weit der *wirtschaftliche Einfluss einer Willensbildungsbasis* reichen kann. Die *Marktstruktur ist ein Verhältnis* von Willensbildungsbasen inkl. deren wirtschaftlichen Tätigkeiten und gibt die Situation all dieser wirtschaftlich selbständigen Einheiten auf einem Markt wieder, die ihrem Willen entsprechend marktrelevant tätig werden können. Ausgedrückt durch die Kontrolle, zeigt die **Marktstruktur** das **Verhältnis aller Abhängigkeitsbeziehungen** auf einem Markt auf, worunter auch solche der gemeinsamen Kontrolle, d.h. Fälle mehrfacher Abhängigkeit fallen. Einfacher gesagt, handelt es sich bei der Marktstruktur um die Anordnung aller ausgeübten Kontrollen auf einem bestimmten Markt zueinander. Diese Erkenntnis nimmt eine entscheidende Bedeutung bei der Ausgangslage einer Strukturänderung ein. Denn sie liefert die Information, ob es sich um eine harmlose Reorganisation resp. ein internes Wachstum ein und derselben wirtschaftlichen Einheit handelt – nämlich dann, wenn betroffene Unternehmen bereits derselben Kontrolle unterliegen (Abhängigkeitsbeziehung) – oder ob ein wettbewerbsrechtlich bedeutsames externes Wachstum vorliegt – also dann, wenn Unternehmen unterschiedlichen Kontrollen unterstellt sind (fehlende Abhängigkeitsbeziehung).

2. Dynamische Kriterien: Erwerb (der Kontrolle) und Änderung (der Marktstruktur)

Schliesslich sind noch die dynamischen Elemente zu vergleichen. Bei einem Erwerb von (gemeinsamer) Kontrolle wird immer eine neue (mehrfache) **Abhängigkeit geschaffen**, womit, nach dem gesagten, auch die Marktstruktur – also das *Verhältnis der Abhängigkeitsbeziehungen auf einem Markt* – *ändern muss*.

Gleichzeitig geht eine vor *dem Vorgang bestandene wirtschaftliche Selbständigkeit unter*⁵⁸¹. Andernfalls ist der Vorgang kartellrechtlich nicht von Bedeutung. Denn durch eine Abhängigkeitsschaffung ohne gleichzeitigen Verlust einer *bestehenden* Unabhängigkeit können nie *bestehende* antinomische

⁵⁷⁹ Im Kartellrecht reicht bereits die bloße *Möglichkeit* (FN. 541) der Kontrollausübung über ein anderes Unternehmen (weites Kontrollverständnis), womit auch die tatsächliche Kontrollausübung (und somit das engere gesellschaftsrechtliche Kontrollverständnis) erfasst wird.

⁵⁸⁰ Ähnliche Gedanken finden sich z.B. bei DJALALI, S. 56 f. m.w.H., zum Gesellschaftsrecht. Vgl. zur Beziehung *Kontrolle – Abhängigkeit* auch infra KAPITEL 5: D.I.2 (und dort insb. im Anschluss an FN. 585 im Text).

⁵⁸¹ Statt vieler EBEL, S. 755, linke Spalte.

Willensausrichtungen als Voraussetzung des wirksamen Wettbewerbs gefährdet werden⁵⁸². Entsprechendes geht auch aus einer Stellungnahme der *Weko* im Entscheid *Rätia Energie AG* hervor: Dort wurde explizit festgehalten, dass falls ein bestimmtes Elektrizitätskraftwerk in Form eines Joint Ventures nach einem (internen Reorganisations-) Vorgang weiterhin von den gleichen Unternehmen gemeinsam kontrolliert werde, dieser Vorgang *keine strukturelle Veränderung* bewirke⁵⁸³. Das Kraftwerk war vor dem Vorgang gegenüber keinem einzigen der Unternehmen – welche nach dem Vorgang seine Mutterunternehmen bildeten – selbständig. Im selben Entscheid, aber im Zusammenhang mit einem anderen Elektrizitätskraftwerk, hielt die *Weko* fest, dass „eine kartellgesetzlich relevante strukturelle Veränderung“ statfinde, da dieses andere Kraftwerk „vor dem Vollzug als ein von den Partnern unabhängiges [und damit wirtschaftlich selbständiges] Unternehmen zu betrachten“ sei und nach dem Vollzug nicht mehr (Untergang)⁵⁸⁴.

Dass eine bestandene wirtschaftliche Selbständigkeit notwendigerweise untergehen muss, findet seine Bestätigung auch im *Gesetz* wieder, und zwar in Art. 4 Abs. 3 lit. b KG durch die Wendung „*bisher unabhängige Unternehmen*“ resp. in Art. 2 Abs. 1 VKU durch die Verdeutlichung „*Unternehmen [...], das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten*“. Daraus geht einerseits hervor, dass vor dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle über eine wirtschaftlich selbständige Einheit diese („bisher“) *tatsächlich Bestand* haben muss. Müsste ein solcher Vorgang nicht auf bisher bestehender selbständiger Marktkapazität beruhen, würde der Erwerb gemeinsamer Kontrolle auch solche Fälle erfassen, wo das mehrfach abhängige Joint Venture ohne zusätzliche Unterstützung rein auf sich selber angewiesen ist (Wachstum ist dann nur per *Eigenleistung* möglich), was (wie schon gesehen) kartellrechtlich aber unbedenklich ist⁵⁸⁵. Andererseits wird – terminologisch – deutlich, dass der Gesetzgeber die *Unabhängigkeit mit Nichtkontrolle* gleichsetzt und diese durch die anschliessende Kontrolle (worunter wiederum nur Abhängigkeit verstanden werden kann) ersetzt wird, wie aus dem restlichen Gesetzestext derselben Bestimmung deutlich zu entnehmen ist. Somit kann gesagt werden, dass eine Strukturänderung im Sinne eines Zusammenschlusses nur dann vorliegt, wenn *Kontrolle* (Abhängigkeit) *in andere Hände übergeht* (Untergang bestandener wirtschaftlicher Selbständigkeit)⁵⁸⁶.

In diesem Zusammenspiel von **Unabhängigkeitsuntergang und gleichzeitiger Abhängigkeitsschaffung** lässt sich derselbe korrelierte Zusammenhang wie schon bei der **Strukturänderung** – zwischen dem Bedeutungsverlust und der Bedeutungserweiterung von Willensbildungsbasen samt deren wirtschaftlichen Tätigkeiten – erkennen⁵⁸⁷. Diese Korrelation ist im Folgenden zu verdeutlichen (a) und an den einzelnen Joint Venture-Entstehungsarten näher zu veranschaulichen (b).

⁵⁸² Sinngemässe Überlegungen sind bereits bei FN. 487 (im ganzen Abschnitt) zur Strukturänderung zu finden.

⁵⁸³ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 17. Vgl. auch die Beispiele bei DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90 (in ihrer FN. 104).

⁵⁸⁴ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 18 f.

⁵⁸⁵ Dazu und insb. zur *Erfassung von neu gegründeten Joint Ventures* sogleich ausführlicher.

⁵⁸⁶ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, AB1 1998 C 66/5, N. 8.

⁵⁸⁷ Zu Letzterem vgl. bereits die Ausführungen bei FN. 486 (im Text).

a. Marktressourcen als Gegenstand des Erwerbs von Kontrolle

Die Korrelation bei einem solchen Vorgang findet konkret in der Änderung der **Kontrolle** einer Willensbildungsbasis **über** ihre **wirtschaftlichen Tätigkeiten** statt. Die wirtschaftlichen Tätigkeiten sind es, die relativ zu einem oder mehreren Kontrollerwerbern ihre *bisherige* wirtschaftliche Selbständigkeit verlieren – somit vor dem Vorgang überhaupt erst Bestand haben müssen – und in die Abhängigkeit der Kontrollerwerber fallen (also nicht etwa untergehen). Diese Abhängigkeit bedingt nun, dass **Transaktionen von Marktsubstanzen bzw. -ressourcen** – *welche die wirtschaftlichen Tätigkeiten verkörpern* (und deren bisherigen Bestand demonstrieren) resp. auf welche sich die künftigen wirtschaftlichen Tätigkeiten des Joint Ventures stützen sollen – erfolgen, damit die anschliessend mehreren, je eigenen Willen tatsächlich die künftigen wirtschaftlichen Tätigkeiten kontrollieren können; die Tätigkeiten also *direkt* unter ihren bestimmenden Einfluss fallen⁵⁸⁸. Erforderlich für einen kartellrechtsrelevanten Erwerb von (gemeinsamer) Kontrolle ist eine *materialisierte*⁵⁸⁹ Unterstützung des Joint Ventures durch „bisher“ bestehende wirtschaftliche Tätigkeiten in Form von **marktrelevanten Vermögenswerten**

⁵⁸⁸ Siehe insb. bei MÄLZER, S. 708, die in diesem Zusammenhang von „**Transaktionen**“ spricht, „**durch die unternehmerisch genutzte Ressourcen unter den bestimmenden Einfluss eines anderen Unternehmens fallen**“ (wortgetreu auch bei LÖFFLER, Art. 3 N. 29). Vgl. des Weiteren: *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 24 („wechseln die Kontrollverhältnisse unternehmensrelevanter Aktiva“); ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636); BORER, Art. 9 N. 2 (setzt die *Strukturänderung mit Transaktion* gleich); KARTTE, S. 575 („Der Vermögenserwerb [...] vereinigt aber seine wirtschaftliche Substanz mit der des erwerbenden Unternehmens“); KNÖPFLE, S. 661, rechte Spalte (charakterisiert Zusammenschlüsse mit der *Vermögensverfügung*); MEIER-SCHATZ, S. 114 (spricht von Transaktionen); MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 563 (insb. in deren FN. 45); TSCHÄNI, S. 88, rechte Spalte (spricht in diesem Zusammenhang von „Institutionalisierung“); VENTURI, S. 9 (spricht von „Transaktionen“); ZURKINDEN, S. 156 („*Ressourcenzusammenlegung*, die eine Strukturveränderung in bezug auf die Gründer bewirkt“). Dem Gedanken der Notwendigkeit einer Ressourcentransaktion folgen auch die Überlegungen zu den unterschiedlichen Kontrollmitteln (vgl. bei FN. 530). Denn nicht nur bei einer Kontrolle mittels Eigentums- oder Nutzungsrechten findet bei deren Erwerb eine entsprechende Transaktion von *Vermögenswerten* statt, sondern auch bei einer Kontrolle (die vordergründig auch obligatorischer Natur sein kann) über die Entscheidorgane geht es im Endeffekt um eine Transaktion von – diesen Willensbildungsorganen unterstellten – *Vermögenswerten* (so ähnlich auch schon in BGHZ 96, 69, 74 [„Der beabsichtigte Eigentumserwerb [...] sei nichts anderes als der Versuch, das [...] Vertragswerk in einen Fusionstatbestand umzugestalten“] und im Konzentrationsmemorandum, S. 341 f., zu finden: „In aller Regel stellt sich der Vorgang der Unternehmenskonzentration als Eigentumserwerb – oder wie im Falle der Unternehmensverschmelzung – als eine Neugestaltung von Eigentumsverhältnissen an Unternehmen dar. Sofern andere rechtliche Mittel eingesetzt werden, um dauerhafte Unternehmensverbindungen herbeizuführen (z.B. der Abschluss von [obligatorisch geprägten] Beherrschungsverträgen), beruhen sie nahezu stets auf eigentumsähnlichen Verbindungen zwischen den beteiligten Unternehmen“. Vgl. ergänzend auch KARTTE und KNÖPFLE a.a.O.). Dabei müssen dem Joint Venture die Vermögenswerte (somit auch solche, über die kein Eigentum im rechtlichen Sinn erworben werden kann) in dem Sinne unterstellt sein, dass die **Mütter über entsprechende Ressourcen tatsächlich Kontrolle ausüben können**. Vgl. auch den Grenzfall *Diax – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 22 und 24, wo eine Ressourcentransaktion auf *langfristiger vertraglicher (obligatorischer) Basis* bejaht wurde, die zusätzlich durch gewisse *Ausschliesslichkeitsrechte* verstärkt war. Ob tatsächlich eine Möglichkeit bestimmenden Einflusses über diese Marktressourcen vorlag, kann zumindest angezweifelt werden.

⁵⁸⁹ Dadurch soll nicht etwa ausgeschlossen werden, dass auch sog. immaterielle Güter als Unterstützung eingebracht werden können (MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 563 [insb. in deren FN. 45]). Ebenso wenig sind Ressourcenübergänge ausgeschlossen, wenn das Joint Venture später „in einem von den Gründerunternehmen noch nicht bearbeiteten Markt tätig sein soll“; so aber tendierend SCHERRER, Fälle und Fragen, S. 1386, rechte Spalte (insb. in seiner FN. 48).

(Marktkapazitäten)⁵⁹⁰. „Dass die Parteien [...] für die Abtretung eine Gegenleistung erhalten, ist nicht entscheidend“⁵⁹¹.

Es genügt z.B. nicht, wenn nach einem Vorgang in einer Gesellschaft bloss über die Preise von Leistungen gemeinsam entschieden werden kann, während die Produktion resp. Dienstleistungen selber weiterhin den einzelnen Mutterunternehmen unterstehen (Problematik des reinen Kartellorgans)⁵⁹². Der betreffenden Gesellschaft kommt keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit zu, da keine Marksubstanz übertragen worden ist. Vielmehr müssen die Funktionen bzw. Leistungen (die ein Joint Venture nach einem Kontrollerwerb tätigen soll), über die die Preise fixiert werden sollen, der Gesellschaft nach dem Vorgang tatsächlich unterliegen und somit der mehrfachen Abhängigkeit aller Mütter unterstehen.

Die übergehenden **Marktsubstanzen** können unterschiedliche marktrelevante Vermögenswerte sein. Dabei kann es sich **beispielsweise** um simple „services payants [...] via Internet“ handeln, deren Informationsinhalt v.a. dadurch einen *Marktwert* erlangt, indem dieser möglichst schnell nach Ereigniseintritt angeboten werden kann. Solche Substanzen wurden einem Joint Venture im Entscheid *Dow Jones Reuters Business Interactive* zu übertragen beabsichtigt⁵⁹³. Etwas handfester sind da die Aktivitäten, die in den Entscheiden *Bosch/Siemens/Demag Krauss-Maffei* resp. *Aerospatiale-Matra*, *DaimlerChrysler*, *Construcciones Aeronáuticas* oder *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI* auf ein Joint Venture zu transferieren beabsichtigt wurden: Im ersten Entscheid ging es um Marktressourcen in den Bereichen Kunststoffmaschinen, Turbinen, Verfahrens- und Wehrtechnik, im zweiten um solche in den Bereichen Luftfahrt, Raumfahrt und Rüstung und im dritten um solche, die die Mobile Telekommunikation eines ganzen Landes ermöglichen⁵⁹⁴. Ressourcen können aus allen Marktebenen stammen und sowohl materieller als auch immaterieller Art sein. Transferiert werden kann auch lediglich eine F&E-Abteilung, eine Beschaffungs- oder Vertriebsorganisation, eine Produktionsanlage oder bloss das Know-how, wie z.B. im Entscheid *'avec.'* geschehen⁵⁹⁵. Letzteres kann u.a. auch in Form von kundigem Personal übergehen, wobei dieses dann vom Joint Venture zumindest angestellt sein und ihren Lohn beziehen muss, damit das Know-How wirklich allen Müttern gemeinsam, diesen nicht etwa einzeln unterstellt ist.

⁵⁹⁰ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 11; ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636, mit Verweis auf den 22. Wettbewerbsbericht über die Wettbewerbspolitik).

⁵⁹¹ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 24.

⁵⁹² Infra KAPITEL 5: D.I.4.b.

⁵⁹³ *Dow Jones Reuters Business Interactive*, RPW 2000/1, S. 43.

⁵⁹⁴ *Bosch/Siemens/Demag Krauss-Maffei*, RPW 2000/3, S. 448 ff., N. 2; *Aerospatiale-Matra*, *DaimlerChrysler*, *Construcciones Aeronáuticas*, RPW 2000/1, S. 66, N. 2; *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI*, IV/JV.17, 21. Mai 1999, N. 5.

⁵⁹⁵ *'avec.'*, RPW 2000/1, S. 36 ff. (v.a. S. 37); DUCREY, S. 138. Vgl. des Weiteren: *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220 ff., N. 31 (*Entwicklung* von Halbprivatversicherungsprodukten [wobei es in diesem Entscheid nicht um den Übergang dieser Marktressource ging]). Die Frage, ob ein Übergang von Know-how selber auch eine gesetzesrelevante Transaktion darstelle, wurde im Entscheid *Diax – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 25, noch offen gelassen.

Vgl. zum Ganzen auch SUTER DEPLAZES, S. 43 m.w.H. und Beispielen.

Wird nur **Kapital** eingebracht, mit dem eine spätere wirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht werden soll, so ist dies ungenügend⁵⁹⁶. Das (Start-) Kapital ist für sich genommen noch nicht die wirtschaftliche Tätigkeit des Joint Ventures und verkörpert diese auch nicht. Bleibt anderweitige Unterstützung aus, so muss sich ein solches Joint Venture alles weitere selber aneignen, um konkurrenzfähig zu werden. Dass eine gemeinsame Kontrolle über ein solches Unternehmen erworben wird, welches sich durch pure *Eigenleistung* in einem Markt noch profilieren muss, ist kartellrechtlich unbedenklich (sofern es sich auch selber noch keine wirtschaftliche Tätigkeit angeeignet hat). (Start-) Kapital ist die Voraussetzung einer jeden Unternehmensgründung bzw. -förderung. Wettbewerbsschädlich kann ein solcher Vorgang nicht alleine dadurch werden, dass das Startkapital durch mehrere Unternehmen gemeinsam kontrolliert wird. Sofern lediglich das Startkapital fremd ist, wird ein allfällig eintretendes Wachstum stets auf die Eigenleistung des Joint Ventures zurückzuführen sein. Bestehende wirtschaftliche Tätigkeiten bleiben bezüglich ihren Willensbildungsbasen unberührt, weshalb durch den Einflussserwerb keine kartellrechtlich erhebliche Strukturänderung zustande kommt. Vielmehr wird dadurch die Konkurrenzvielfalt und somit der Wettbewerb an sich gefördert. Im Grunde liegt die gleiche Konstellation vor wie dort, wo ein Konkurrent auf einem Markt neu einsteigt, der vollständig auf sich selber angewiesen ist. Dies ist immer im Sinne des Wettbewerbs.

Ebensowenig ausreichend ist es, wenn es sich um **frei erhältliche** Marktressourcen wie z.B. gewisse Softwaresysteme handelt. Dabei fehlt es bereits am marktrelevanten Vermögenswert. Da auch jeder neu eintretende Konkurrent auf diese Ressourcen zugreifen kann, muss ein auf solche Ressourcen gestütztes Wachstum wie als auf Eigenleistung basierend verstanden werden. Nichtsdestotrotz beurteilt DUCREY dies im Entscheid *Swisskey* anders⁵⁹⁷.

Dass der Erwerb (gemeinsamer) Kontrolle stets durch einen Übergang von Marktressourcen geprägt wird, geht auch aus dem Umstand hervor, dass es sich bei einer **Fusion** entsprechend verhält: Auch dort findet eine „*Zusammenlegung von Aktivitäten*“⁵⁹⁸ statt. Darum prägt die Voraussetzung einer Substanztransaktion schliesslich *alle Zusammenschlussarten* durchgehend⁵⁹⁹. Dahinter steckt der schon im Zusammenhang mit der **Strukturänderung** vorgetragene Gedanke, dass Zusammenschlüsse (also auch der Erwerb gemeinsamer Kontrolle) nur externes Wachstum erfassen, welches dadurch zustande kommt, dass einander *fremde und bisher bestehende Leistungen (Marktressourcen) kumuliert* (transferiert) werden; internes Wachstum, das ohne bisher bestehende Leistungen erfolgt, beruht

⁵⁹⁶ G.I.M. DUCREY/DROLHAMMER, Art. 4 N. 135. Vgl. auch BORER, Art. 4 N. 47, der trotz angebrachter Zweifel zum Schluss anführt: „Es würde jedoch zu weit gehen, den Begriff einflussen von Geschäftstätigkeiten [...] in einem derart weiten Sinne zu verstehen, dass ein blosses Finanzpotential davon erfasst würde“. Siehe auch infra KAPITEL 5: D.I.2.b.cc.

⁵⁹⁷ *Swisskey*, RPW 1998/2, S. 252 ff., N. 11: „Unerheblich ist dabei die Tatsache, dass die von Swisscom eingebrachte Soft[...]ware auf dem Markt [*frei*] erhältlich ist“ (Das Wort '*frei*' wurde von DUCREY, S. 139, hinein interpretiert).

⁵⁹⁸ ZURKINDEN, S. 45.

⁵⁹⁹ So auch schon im Konzentrationsmemorandum, S. 341, rechte Spalte, und ZURKINDEN, S. 45.

demgegenüber auf der *kartellrechtlich unbedenklichen Eigenleistung*⁶⁰⁰. Auch die *Weko* liess im Entscheid *Rätia Energie AG* die Frage, wann eine „kartellgesetzlich relevante strukturelle Veränderung“ vorliegt, davon abhängen, ob *Aktiva* transferiert werden⁶⁰¹.

Diesbezüglich ist die Formel der Strukturänderung bzw. des Erwerbs gemeinsamer Kontrolle zu **präzisieren**: *Ändert sich die ursprüngliche Willensbildungsbasis einer wirtschaftlich selbständigen Einheit bezüglich ihrer (bestehenden) wirtschaftlichen Tätigkeit und somit auch das Verhältnis von (auch mehrfachen) Abhängigkeitsbeziehungen auf einem Markt in kartellrechtserheblicher Weise, so beinhaltet ein solcher Vorgang immer auch eine Transaktion (Änderung) von Marktressourcen, so dass diese im nachhinein der Willensbildungsbasis einer anderen wirtschaftlich selbständigen Einheit direkt unterliegen.*

b. Veranschaulichung an den einzelnen Joint Venture-Entstehungsarten

Der Erwerb gemeinsamer Kontrolle erfasst unterschiedliche Arten der Joint Venture-**Entstehung**, die grundsätzlich in folgende Gruppen eingeordnet werden können:⁶⁰²

1. Über ein *bestehendes Unternehmen* wird durch zwei oder mehrere Unternehmen die gemeinsame Kontrolle erworben.
2. Über ein bereits *bestehendes Joint Venture* wird unter Mitwirkung *mindestens eines* weiteren (neuen) Mutterunternehmens die gemeinsame Kontrolle *ersetzt*.
3. Über ein *neues* 'Unternehmen', das durch zwei oder mehrere Unternehmen *gegründet* wird, erwerben diese die gemeinsame Kontrolle (Sonderfall).

Diese drei Gruppen von Joint Venture-Vorgängen sollen nun auf die angesprochene Korrelation hin untersucht werden.

aa. Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Unternehmen

Die erste Gruppe erfasst zum einen jene Konstellation, bei welcher das Zielunternehmen vor dem Vorgang **von keinem** späteren Kontrollerwerber **abhängig** ist, wie beispielsweise im Entscheid *Bosch/Siemens/Demag Krauss-Maffei*⁶⁰³. Die

⁶⁰⁰ Supra KAPITEL 5: B.II.2.

⁶⁰¹ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 17 f. und 20.

⁶⁰² Eine ähnliche Einteilung findet sich beispielsweise bei ZURKINDEN, S. 47.

⁶⁰³ *(Auf folgendes Beispiel wird im Anschluss durch kursiv gehaltene Klammern laufend verwiesen:)* *Bosch/Siemens/Demag Krauss-Maffei*, RPW 2000/3, S. 448 ff. Weitere Entscheide: *Banner.ch*, RPW 2000/4, S. 650 ff.; *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 18 f. („vor dem Vollzug [...] unabhängiges Unternehmen“); *Asahi Glass/Mitsubishi/F2 Chemicals*, COMP/JV.42, 21. März 2000, N. 1 ff.; *Sony/Time Warner/CDnow*, COMP/JV.25, 21. Dezember 1999, S. 2; *Telefónica/Portugal Telecom/Médi Telecom*, COMP/JV.23, 12. Dezember 1999, N. 6; *Mannesmann/Bell Atlantic/OPI*, IV/JV.17, 21. Mai 1999, N. 5 ff.

entsprechenden **Marktreissen** befinden sich bereits im kartellrechtlich verstandenen – und somit wirtschaftliche Tätigkeiten ausübenden⁶⁰⁴ – (Ziel-) Unternehmen (*Demag Krauss-Maffei*), so dass eine zusätzliche Transaktion von bestehenden Ressourcen durch eine oder mehrere Mütter (zwar möglich aber) nicht erforderlich ist⁶⁰⁵. Vielmehr findet die Transaktion bereits dadurch statt, dass das Zielunternehmen – durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle – die bis anhin **bestehende wirtschaftliche Selbständigkeit** bezüglich seiner Marktreissen („Kunststoffmaschinen, Turbinen, Verfahrens- und Wehrtechnik“) **verliert** und alle Kontrollerwerber (*Bosch und Siemens*) anschliessend einen bestimmenden Einfluss über diese Ressourcen erlangen (woraus eine **mehrfache Abhängigkeit resultiert**). Die Marktreissen werden vom ursprünglich wirtschaftlich selbständigen Zielunternehmen in ein Joint Venture (*Demag Krauss-Maffei*)⁶⁰⁶ transferiert, wo eine eigene, vom ursprünglichen Zielunternehmen verschiedene Willensbildungsbasis entsteht.

Folglich wird bei dieser Joint Venture-Entstehung der entscheidende Wille über solche Substanzen stets neu geprägt. Wie bereits bei den Darstellungen zur *Strukturänderung* gezeigt, kann bei einem Zusammenschluss entweder die Willensbildungsbasis in ihrer Zusammensetzung – wie typischerweise bei Fusionen – oder als Ganzes – wie beim einfachen Kontrollerwerb – ändern. Da beim geschilderten Vorgang die *Willensbildungsbasis* für die transferierten *wirtschaftlichen Tätigkeiten* – inkl. deren Marksubstanzen – neu zusammengestellt wird (Identitätswechsel), ist dieser ähnlich wie eine Fusion geprägt (unerheblich ist, dass die Mitgliedschaft der Beteiligten am Zielunternehmen nicht in kartellrechtsbedeutender Weise beibehalten wird)⁶⁰⁷. Dem einfachen Kontrollerwerb steht dieser Vorgang immerhin insofern nahe, als dabei ebenfalls die ursprüngliche Willensbildungsbasis als Ganzes ausgewechselt wird (wobei beim einfachen Kontrollerwerb in der Regel nicht eine alte durch eine neu entstehende, sondern durch eine bereits bestandene Willensbildungsbasis ersetzt wird). Dass der Vorgang nun nicht eindeutig der einen oder anderen externen Strukturänderungsart zuzuordnen ist, spricht diesem aber nicht die grundsätzliche Eigenschaft als Strukturänderung ab, denn der Vorgang bleibt von beiden Arten geprägt und nimmt dabei nicht etwa Eigenschaften an, die für eine Verhaltenskontrolle erheblich sind. Durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle über solche Substanzen **ändern** sich somit die **Wettbewerbsstrukturen** auf einem Markt auf *kartellgesetzlich relevante Art*, wie schon im Entscheid *Rätia Energie AG* explizit festgehalten wurde⁶⁰⁸.

Zum andern fällt unter diese Kategorie auch die Konstellation, bei welcher das Zielunternehmen schon vor dem Vorgang **von einem einzigen** (späteren Mutter-) Unternehmen **abhängig** ist, wie beispielsweise im Fall *Bertelsmann/Planeta/BOL*

⁶⁰⁴ Dazu schon bei FN. 462.

⁶⁰⁵ Diesfalls gilt dasselbe, was sogleich zu den Zielunternehmen, welche vor dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle von einer Mutter abhängig sind, ausgeführt wird.

⁶⁰⁶ Der Name wurde in casu beibehalten; näheres in FN. 612.

⁶⁰⁷ *Sony/Time Warner/CDnow*, COMP/JV.25, 21. Dezember 1999, S. 2, wo bereits vor dem Vorgang Beteiligte am von beiden späteren Mutterunternehmen unabhängigen Zielunternehmen auch am Joint Venture beteiligt werden, dies jedoch in kartellrechtlich unbedeutender Weise: „No special rights amounting to control will attach to any of the shares held by the former shareholders of CDnow“.

⁶⁰⁸ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 18 f.

*Spain*⁶⁰⁹. Da das Zielunternehmen (*BOL Spain*) von der Willensbildungsbasis seiner Konzernmutter (*Bertelsmann*) bereits im Vorfeld kontrolliert wird, ist es – mangels eigenen Willens – nicht als ein kartellrechtlich relevantes Unternehmen zu verstehen⁶¹⁰. **Gegenüber den übrigen Mutterunternehmen (*Planeta*)** ist das Zielunternehmen nur insofern für selbständig zu betrachten, als es der wirtschaftlich selbständigen Einheit der Konzernmutter unterstellt ist. Die Transaktion von Marktressourcen ist nun darin zu erblicken, dass die **wirtschaftliche Selbständigkeit** der Konzernmutter bezüglich der **Marktressourcen** („sale of [Spanish] books [...] via the Internet“ und die dazu benötigten Mittel) des Zielunternehmens – nur auf die Ressourcen, welche die wirtschaftliche Tätigkeit des sog. Zielunternehmens repräsentieren, kommt es beim Kontrollerwerb an⁶¹¹ – zugunsten der **Entstehung mehrfacher Abhängigkeit** (von *Bertelsmann* und *Planeta*) **aufgegeben** wird. Die im Joint Venture (*BOL Spain*)⁶¹² neu gebildete Willensbildungsbasis (Identitätswechsel), der die Ressourcen nach dem Vorgang unterstellt sind, setzt sich dann aus den gemeinsam kontrollierenden Müttern zusammen, worunter insb. auch die vorherige Konzernmutter (*Bertelsmann*) fällt. Die Mitgliedschaft der letztgenannten Mutter besteht somit in kartellrechtserheblicher Weise (ansatzweise Durchsetzung des eigenen Willens) fort, weshalb ein Erwerb gemeinsamer Kontrolle mit einer solchen Anfangskonstellation noch mehr Ähnlichkeit zur Fusion aufweist als mit der zuvor behandelten Konstellation.

Eine kartellrechtlich bedeutende **Strukturänderung** findet nur im Zusammenhang mit den neu eintretenden Müttern (*in casu nur eine: Planeta*) statt, nicht aber bezüglich jenem Mutterunternehmen (*Bertelsmann*), von welchem das Zielunternehmen bereits abhängig war. Denn dort findet bestenfalls ein *Wechsel der bisher bestanden Abhängigkeit* statt, nicht aber ein dazu korrelater Verlust von wirtschaftlicher Selbständigkeit (der für eine kartellrechtsrelevante Strukturänderung notwendig ist)⁶¹³. Durch einen solchen Vorgang findet bei der vormaligen Konzernmutter kein externes Wachstum statt, da ihr keine weiteren (fremden) Ressourcen zukommen können. Es sei denn, ein anderes Mutterunternehmen bringt ebenfalls Marktressourcen ein, wie beispielsweise im Entscheid *Chronopost/Correos*⁶¹⁴. Dann geht auch für die ursprüngliche Konzernmutter (*Chrono-*

⁶⁰⁹ (Auf folgendes Beispiel wird im Anschluss durch kursiv gehaltene Klammern laufend verwiesen:) *Bertelsmann/Planeta/BOL Spain*, COMP/JV.24, 3. Dezember 1999, N. 5 und 10. Weitere Beispiele: *BP/E.ON*, RPW 2002/1, S. 162 ff.; *Airrange AG*, RPW 2000/3, S. 445 ff.; *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 20; *Chronopost/Correos*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 6; *Bertelsmann/Viag/Game Channel*, IV/JV.16, 5. Mai 1999, N. 3.

⁶¹⁰ Supra KAPITEL 5: B.II.1. Zur **Konzernmutter**: Eine solche muss nicht unbedingt vorliegen. Es kann sich auch einfach um ein gewöhnliches (*selbständiges*) Unternehmen handeln, welches (einige seiner) Marktressourcen (sog. Zielunternehmen) einbringt (näheres dazu sogleich). Der Ausdruck wurde hier v.a. aus Verständlichkeitsgründen gewählt.

⁶¹¹ Supra KAPITEL 5: D.I.2.a.

⁶¹² Der Name wurde in casu auch nach dem Vorgang beibehalten. Aber beispielsweise im Entscheid *Chronopost/Correos*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 6, wurde der ursprüngliche Name „Jet Worldwide España S.A.“ gleichzeitig mit dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle geändert: „Ensuite, le nom de l'entreprise commune deviendra Chronopost España S.A.“.

⁶¹³ Das Zielunternehmen (bzw. dessen marktwirtschaftliche Ressourcen) ist für die Konzernmutter nicht ein „bisher unabhängige[s] Unternehmen“, wie es in Art. 4 Abs. 3 lit. b KG vorausgesetzt wird, sondern ein bisher abhängiges. Dazu insb. der Fall *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 17 ff.

⁶¹⁴ *Chronopost/Correos*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 4 und 6.

genauer Sofipost) eine *wirtschaftliche Selbständigkeit* bezüglich solchen (vor dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle ebenso für diese Mutter fremd) eingebrachten Marktressourcen („*Correos s’est engagé à transférer entièrement son activité «business to business»*“) unter bei gleichzeitiger Schaffung von mehrfacher Abhängigkeit.

Vom **Gesetzestext** – in den **Art. 4 Abs. 3 lit. b KG** und **Art. 2 VKU** – jedenfalls gedeckt ist die **erste Konstellation**: Das Zielunternehmen ist anfangs von allen künftigen Müttern unabhängig bzw. wurde von diesen bisher nicht gemeinsam kontrolliert, wie im KG bzw. in der VKU vorausgesetzt. Ebenso *erlangen* die künftigen Mütter stets alle *gemeinsam* Kontrolle über das Zielunternehmen, wie in der VKU weiter verlangt wird. Für die **zweite Konstellation** gilt grundsätzlich dasselbe, da auch hier die entsprechenden Marktressourcen des Zielunternehmens von mindestens einer künftigen Mutter bisher nicht (gemeinsam) kontrolliert wurden. Etwas schwieriger gestaltet sich die Vereinbarkeit mit der Formulierung in Art. 2 Abs. 1 VKU, dass „zwei oder mehr Unternehmen *gemeinsam* die Kontrolle über ein Unternehmen *erlangen*“. Denn bei dieser zweiten Konstellation kann es sich ergeben, dass u.U. nur der Kontrollerwerb *eines* Mutterunternehmens die Marktstruktur in kartellrechtserheblicher Weise ändert und damit gewiss *kein gemeinsamer Kontrollerwerb* stattfindet. Insb. ZURKINDEN vertritt die Ansicht, die *Gemeinsamkeit* sei – entgegen des ausdrücklichen Gesetzeswortlautes – nicht (auch) auf den Erwerb, sondern nur auf die Kontrolle bezogen, weshalb das Erlangen der Kontrolle nicht zeitgleich zu erfolgen habe⁶¹⁵. Dieser Ansicht ist grundsätzlich zu folgen, und zwar darum, weil auch ein einzelner Erwerb vom Normzweck erfasst wird, sofern dies zu gemeinsamer Kontrolle führt (teleologische Expansion); denn auch in einer solchen Konstellation können dieselben Gefahren wie bei der ersten Konstellation entstehen⁶¹⁶.

bb. Erwerb gemeinsamer Kontrolle über ein bestehendes Joint Venture

Diese Gruppe umfasst all jene Konstellationen, bei welchen das Zielunternehmen schon vor dem Vorgang **von zwei oder mehreren** (späteren Mutter-) Unternehmen **abhängig** ist und somit bereits ein Joint Venture darstellt, wie dies z.B. im Entscheid *DyStar – BASF* der Fall war⁶¹⁷. Gleichgültig ist, wieviele Mutterunternehmen *nach* dem Vorgang die gemeinsame Kontrolle ausüben, solange es zumindest zwei sind. Folglich können im nachhinein *mehr*⁶¹⁸, *gleich viele*⁶¹⁹ oder auch

⁶¹⁵ ZURKINDEN, S. 47, mit einem Verweis auf den Kommentar zum E-VKU, S. 3.

⁶¹⁶ Insb. fehlt im EG-Recht eine entsprechende Voraussetzung eines gemeinsamen Erwerbs bereits im Gesetzestext: Art. 3 FKVO. Vgl. analog die Autoren *in FN.* 629 und die entsprechenden Gedanken im Text an jener Stelle.

⁶¹⁷ (*Auf folgendes Beispiel wird im Anschluss durch kursiv gehaltene Klammern laufend verwiesen:*) *DyStar – BASF*, RPW 2001/1, S. 141 f. Vgl. des Weiteren z.B. auch: *Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon*, RPW 2001/4, S. 744 ff.; *Shell Erneuerbare Energien AG/Siemens Solar GmbH*, RPW 2001/2, S. 332 ff., N. 1 und 6; *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 17.

⁶¹⁸ So im veranschaulichenden Entscheid *DyStar – BASF*, RPW 2001/1, S. 141 f.

⁶¹⁹ Die Anzahl der die Kontrolle neu erwerbenden Unternehmen entspricht jener der gleichzeitig austretenden Mütter.

weniger⁶²⁰ Mutterunternehmen bestehen, als vor dem Vorgang. Kartellgesetzlich entscheidend ist, dass *mindestens ein Unternehmen als Mutter neu hinzutritt (BASF)*⁶²¹. Da das ursprüngliche Joint Venture (*DyStar: 1995 durch Bayer und Hoechst paritätisch gegründet*) von den Willensbildungsbasen seiner Mütter bereits im Vorfeld kontrolliert wird, ist es – mangels eigenen Willens wie in der bereits gezeigten zweiten Konstellation der ersten Gruppe – nicht als ein kartellrechtlich relevantes Unternehmen zu verstehen, welchem für sich alleine eine eigene wirtschaftliche Selbständigkeit zukäme. Eine wirtschaftlich selbständige Einheit bildet das Joint Venture (gegen aussen)⁶²² erst *zusammen mit seinen Mutterunternehmen*. Die **wirtschaftliche Selbständigkeit** besteht vor dem Vorgang *gegenüber* den neu hinzutretenden Kontrollerwerbern (*BASF*) und nicht etwa gegenüber den bisherigen Müttern (*Bayer und Hoechst*). Dies geht auch aus dem Entscheid *Rätia Energie AG* hervor⁶²³. Die Selbständigkeit in dieser Form ist es, die durch den Vorgang stets **verloren** gehen muss, damit ein Erwerb gemeinsamer Kontrolle vorliegt. Gegenüber den neu hinzutretenden Müttern **entsteht** korrelat eine neue **Abhängigkeit** zum Joint Venture (*DyStar: nun aber disparitätisch gehalten von den drei Partnern*), die zusammen mit den bis anhin kontrollierenden Müttern eine **mehrfache** ist.

Die **Marktressourcen** (*in casu im Bereich von Textilfarben*) werden von einer ursprünglich – gegenüber den neu hinzutretenden Kontrollerwerbern (*BASF*) – wirtschaftlich selbständigen Einheit (*mit eigener Willensbildungsbasis für Dystar, zusammengesetzt aus Bayer und Hoechst*) in ein gemeinsam (*auch durch BASF*) kontrolliertes Joint Venture transferiert. Die einzelnen Willensbildungsbasen der neu hinzutretenden Mütter erweitern ihren Einfluss auf die Ressourcen, die bereits vor dem Vorgang Gegenstand des Joint Ventures bildeten. Die Willensbildungsbasis und damit der eigene Wille über die Joint Venture-Tätigkeiten ändert sich in ihrer Zusammensetzung (*Bayer, Hoechst und BASF*), woraus ein Identitätswechsel über das (u.U. auch gleichbleibende) Joint Venture resultiert (Ähnlichkeit zur Fusion)⁶²⁴. Bei

⁶²⁰ Die Anzahl der die Kontrolle neu erwerbenden Unternehmen ist geringer als jene der gleichzeitig austretenden Mütter.

⁶²¹ Tritt nicht ein neues (wirtschaftlich tätiges) Unternehmen hinzu, so kann eine kartellrechtserhebliche Strukturänderung vorliegen, wenn eines der Mutterunternehmen weitere Marktressourcen, welche diese Mutter vorweg *alleine* kontrollierte, in das bereits bestehende Joint Venture transferieren (vgl. dazu auch den Entscheid *Coca-Cola/Nestlé*, behandelt bei FN. 641). Dann liegt aber korrekterweise ein Anwendungsfall der zweiten Konstellation erster Gruppe vor. Denn es findet ein Wechsel von einfacher zu gemeinsamer Kontrolle statt und nicht – wie in der hier behandelnden Gruppe – ein Wechsel von gemeinsamer zu (anders zusammengesetzter) gemeinsamer Kontrolle.

⁶²² Zum Aussenverhältnis: FN. 774.

⁶²³ Dazu bereits bei FN. 583.

⁶²⁴ Darin findet sich die eigentliche Strukturänderung wieder (supra KAPITEL 5: B.II.2), die sich dadurch bestimmt, dass unmittelbar die Identität von Willensbildungsbasen bezüglich ihren bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten geändert wird. Zur Ähnlichkeit mit der Fusion ist folgendes anzumerken: sofern die Mitgliedschaft der zuvor bestehenden Mutterunternehmen mehr oder weniger erhalten bleibt wird diese Ähnlichkeit bestätigt. Sobald der Wechsel der ursprünglichen Mitglieder durch neue Teilnehmer ersetzt wird, gleicht der Vorgang eher einem einfachen Kontrollerwerb (vgl. dann auch die erste Konstellation der ersten Gruppe). Im Entscheid *DyStar – BASF*, RPW 2001/1, S. 141 f., ist so denn u.a. auch von „la fusion“ die Rede: Alle Beteiligten an bestehenden Ressourcen bleiben auch nach dem Vorgang beteiligte Mitglieder im Joint Venture.

Abgrenzung: Findet eine Transaktion von Marktressourcen statt, ohne dass die Mitgliedschaft des Trägers der vormals selbständigen Substanzen erhalten wird, so ist dieser Vorgang keine Joint Venture-Entstehung mehr, sondern ein *einfacher Kontrollerwerb (durch ein Joint Venture)*.

einem allfälligen Einbringen von zusätzlichen Marktressourcen durch eine oder mehrere Mütter („*les activités colorants textiles de BASF*“) findet eine weitere *kartellrechtserhebliche Strukturänderung* statt: Nun erwerben die einzelnen Willensbildungsbasen aller übrigen Mütter zusätzlichen Einfluss auf weitere Marktressourcen; diesfalls liegt wiederum die zweite Konstellation der ersten Gruppe vor. Die Gefahr für den wirksamen Wettbewerb besteht alsdann darin, dass mit Hilfe der für alle übrigen Mütter im Vorfeld fremden Leistungen (Selbständigkeit dieser Ressourcen) eine **Kumulierung von wirtschaftlichen Tätigkeitseinflüssen** stattfindet (*externes Wachstum*: Untergang der Selbständigkeit unter gleichzeitiger Entstehung mehrfacher Abhängigkeit)⁶²⁵.

Auch dieser Vorgang ist **gesetzeskonform**; es gilt sinngemäss dasselbe wie schon bei der zweiten Konstellation der ersten Gruppe.

cc. Sonderfall: Joint Venture-Gründung (Art. 2 Abs. 2 VKU)

Diese Gruppe umfasst all jene Konstellationen, bei welchen das zu übernehmende '**Unternehmen**' vor dem Vorgang überhaupt **keinen Bestand** hat und darum durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle erst entsteht; d.h. gegründet wird. Die Bildung dieser letzten Gruppe beruht auf den Äusserungen in Art. 2 Abs. 2 VKU. Da aber noch zu gründende Unternehmen – mangels Existenz – nie „*bisher unabhängige Unternehmen*“ sein können, wie dies das Gesetz in Art. 4 Abs. 3 lit. b KG verlangt, gibt die Bestimmung der VKU und somit diese ganze letzte Gruppenbildung zu Bedenken Anlass.

Die **Rekurskommission** für Wettbewerbsfragen begegnete diesen Bedenken im Entscheid *BKW - AEK*, indem sie davon ausging, „die Schaffung von Gemeinschaftsunternehmen durch Neugründung“ werde durch das KG **nicht ausdrücklich erfasst**⁶²⁶. Wie die h.L. vertrat sie weiter die Meinung, dass eine wörtliche Auslegung dem *Normzweck* dieser kartellgesetzlichen Bestimmung widersprechen würde, mitunter also auch (neu-) *gegründete*⁶²⁷ *Joint Ventures unter die Regelung fallen* (teleologische Expansion)⁶²⁸. Hinter dieser Argumentation steht der Gedanke, „dass mit Hilfe eines neugegründeten Gemeinschaftsunternehmens die gleichen Strukturveränderungen erreicht werden können und folglich die gleiche

⁶²⁵ Wettbewerbsrechtlich *entscheidend* ist also *nicht* direkt der Umstand, dass *im* Joint Venture eine Kumulierung von Marktressourcen stattfindet. Unmittelbar entscheidend ist vielmehr, dass diese Ressourcen *vor dem Kontrollerwerb unterschiedlichen Willensbildungsbasen (wirtschaftlich selbständigen Einheiten) angehörten*. So kann eine gefährliche Kumulierung auch dadurch stattfinden, dass Ressourcen eines entstandenen Joint Ventures mit jenen Ressourcen, die einer neu hinzugetretenen Muttergesellschaft weiterhin in alleiniger Kontrolle verbleiben, zusammenfallen. Vgl. auch KAPITEL 5: D.I.3.

⁶²⁶ *BKW - AEK*, RPW 1998/3, S. 460 ff. (insb. S. 471 ff.).

⁶²⁷ Die hier gewählte Terminologie (*Gründung* eines Joint Ventures) folgt jener in Art. 2 Abs. 2 VKU und entspricht inhaltlich der vom Schrifttum und von Wettbewerbsbehörden (FN. 626) oft verwendeten Wendung '*Neugründung* eines Joint Ventures'.

⁶²⁸ *BKW - AEK*, RPW 1998/3, S. 460 ff., S. 471 ff. (unter besonderer Anlehnung an das EG-Recht); BORER, Art. 4 N. 29 und 47; DUCREY, S. 138; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 134 (in deren FN. 168); SCHERRER, S. 332.

Gefahr einer schädlichen Struktur durch externes Unternehmenswachstum entstehen kann wie bei einem Kontrollwechsel an einem bestehenden Unternehmen⁶²⁹.

Der Rekurskommission ist im Ergebnis zuzustimmen. Hier wird aber einer anderen Möglichkeit der Vorzug gegeben, wie den Bedenken zur Vereinbarkeit von Art. 2 Abs. 2 VKU mit dem KG entgegenzutreten ist. Dieser zufolge wird die Joint Venture-Gründung gemäss Art. 2 Abs. 2 VKU bereits **ausdrücklich** durch Art. 4 Abs. 3 lit. b KG bzw. Art. 2 Abs. 1 VKU **erfasst**, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Wendung „gründen [...] ein Unternehmen“ in Art. 2 Abs. 2 VKU ist nicht so zu verstehen, dass ein echtes Unternehmen im Sinn des Kartellrechts gegründet wird. Nicht nur fehlt es diesem *sog. 'Unternehmen'* an der wirtschaftlichen Selbständigkeit, ebenso *fehlt* es diesem (anfangs wenigstens) an einer *wirtschaftlichen Tätigkeit*. Da sich das kartellrechtliche (nebst dem selbständigen auch das unselbständige) Unternehmen über das Erfordernis einer wirtschaftlichen Tätigkeit zentral definiert⁶³⁰, eine solche aber durch den Vorgang gerade nicht gegründet wird⁶³¹, kann mit dem so verstandenen 'Unternehmen' auch kein unselbständiges Unternehmen gemeint sein. Vielmehr wird *bloss das Fundament* des späteren (unselbständigen) Unternehmens resp. Joint Ventures gelegt (*gegründet*): Unter dem Ausdruck 'Unternehmen' ist in Wirklichkeit der Unternehmen**sträger** – in der Regel in Form einer *Gesellschaft* (so auch bei den sogleich angeführten Entscheiden) – verstanden als *Rechtssubjekt* des Kartellrechts gemeint und nicht ein Unternehmen, verstanden als „Objekt“⁶³² geltender Kartellrechtsnormen⁶³³. Da es aber für den entscheidenden externen Wachstumsvorgang bedeutsam ist, dass übertragende (fremde) wirtschaftliche Tätigkeiten schon *bisher Bestand* hatten, ist die blossе Gründung eines Fundaments (z.B. einer Gesellschaft) *künftiger* – **möglicherweise auch** auf wettbewerbsrechtlich harmloser **Eigenleistung** (internes Wachstum) basierender – Geschäftstätigkeiten für das KG noch ohne Bedeutung⁶³⁴.

Konsequenterweise **verlangt** Art. 2 Abs. 2 VKU nebst der Gründung eines Trägers **weiter** auch, dass „**Geschäftstätigkeiten** von mindestens einem der [später] kontrollierenden [Mutter-] Unternehmen **einfließen**“ müssen. Dies ist die eigentliche Voraussetzung der Bestimmung, welche kartellrechtserheblich ist und die ökonomische Betrachtung im Wettbewerbsrecht unterstreicht. So formuliert, handelt es sich bei den zu übertragenden wirtschaftlichen Tätigkeiten um „**bisher [bestehende], nicht gemeinsam kontrollierte**“ – Art. 2 Abs. 1 VKU⁶³⁵ – Marktressourcen (Aktivitäten also, die sich hinter dem kartellrechtlich verstandenen

⁶²⁹ BORER, Art. 4 N. 47. Ähnlich auch DUCREY/DROLSHAMMER (a.a.O.) und SCHERRER (a.a.O.).

⁶³⁰ Supra KAPITEL 5: B.II.1. Vgl. im speziellen den Entscheid *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 10.

⁶³¹ Dass effektiv keine wirtschaftliche Tätigkeit *gegründet* wird, bekräftigt die Voraussetzung, dass „Geschäftstätigkeiten [...] einfließen“ müssen. Es wird nur die Basis für eine *künftige* wirtschaftliche Tätigkeit – die auch aufgrund unbedenklicher *Eigenleistung* neu entstehen kann – gelegt.

⁶³² PATRY, S. 117. Genauer bereits supra KAPITEL 5: B.II.1 (insb. bei FN. 458).

⁶³³ Beispiele hierzu folgen sogleich. Vgl. auch supra KAPITEL 5: D.I.1.b.

⁶³⁴ Siehe auch KAPITEL 5: B.II.2, KAPITEL 5: D.I.2.a (bei FN. 596) und das Aufgeführte Beispiel bei ZÄCH, N. 427.

⁶³⁵ Zum Bezug zu Art. 2 Abs. 2 VKU vgl. auch BORER, Art. 4 N. 43.

Unternehmen verbergen)⁶³⁶. Gegenüber den übrigen Mutterunternehmen sind diese Marktressourcen vor dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle als „*bisher unabhängig*“ – Art. 4 Abs. 3 lit. b KG – zu betrachten. Die unter Art. 2 Abs. 2 VKU verstandene Joint Venture-Gründung wird somit ***ausdrücklich schon durch die übrigen Joint Venture relevanten Bestimmungen erfasst***. Dies zeigt sich v.a. auch darin, dass der hier behandelte Sonderfall in den übrigen Gruppen integral bereits enthalten ist:

Fliessen bestehende, jeweils ***allein*** gehaltene *Geschäftstätigkeiten (Zielunternehmen)* von *später kontrollierenden Müttern* in einen (neu) gegründeten Unternehmensträger ein, so entspricht dieser Vorgang der *gesetzeskonformen zweiten Konstellation erster Gruppe*. Denn auch hier ist das bis anhin bestehende Zielunternehmen – bzw. die ein solches repräsentierenden *Marktressourcen* („Geschäftstätigkeiten“) – schon vor dem Vorgang von einem einzigen späteren Mutterunternehmen abhängig und gegenüber den übrigen Müttern selbständig. So wurde beispielsweise im *EWZ – Enron* Entscheid eine ***GmbH*** als Unternehmensträger (das sog. 'Unternehmen') *gegründet*, worauf die EWZ die von ihr bis anhin allein gehaltenen und schon bestehenden Geschäftstätigkeiten einfließen liess, die den Elektrizitätshandel, das Portfolio- und Riskmanagement sowie Kraftwerkseinsatzoptimierungen als wirtschaftliche Tätigkeiten der neuen GmbH ermöglichten⁶³⁷. Erst in dieser Transaktion von Ressourcen ist der eigentliche Erwerb gemeinsamer Kontrolle im kartellrechtlichen Sinn zu erblicken und nicht bereits in dem kartellrechtlich unbedeutenden Erwerb gemeinsamer Kontrolle über den Träger als (noch leere) 'Hülse' ohne jegliche wirtschaftliche Tätigkeit⁶³⁸. Die kartellrechtserhebliche Strukturänderung findet zwischen den transferierten Marktressourcen und Enron statt, und zwar weil die Marktressourcen nur gegenüber diesem Unternehmen vor dem Vorgang selbständig waren und dies nach dem Vorgang nicht mehr sind. Auch im Entscheid *Le Temps* wird nur ein Unternehmensträger in Form einer ***AG*** *gegründet*, während die zu transferierenden Marktressourcen – die bisherigen, jeweils *alleine* gehaltenen Aktivitäten im Pressebereich der beiden Gründerunternehmen – bereits Bestand hatten⁶³⁹. Demgegenüber ist nicht nachvollziehbar, weshalb auch der Vorgang im Entscheid *Coca-Cola/Nestlé* als eine Joint Venture-Gründung nach Art. 2 Abs. 2 VKU deklariert wurde, fand dort doch gerade *keine Gründung* eines Unternehmensträgers statt⁶⁴⁰. Vielmehr wurde das „vorbestehende“ Joint Venture Coca-Cola Nestlé Refreshments Company S.A. – dessen Unternehmensträger bereits Jahre zuvor gegründet wurde – durch das Einbringen von weiteren Marktressourcen, die bis anhin *alleine* von den einzelnen

⁶³⁶ Vgl. auch einige der unter supra KAPITEL 5: D.I.2.a aufgeführten Entscheide, die auch Gegenstand des hier behandelten Sonderfalls darstellen (z.B. der Entscheid *Aerospatiale-Matra, DaimlerChrysler, Construcciones Aeronáuticas*, RPW 2000/1, S. 66, N. 2 ff.), und die sogleich folgenden.

⁶³⁷ *EWZ – Enron*, RPW 2001/4, S. 707 ff., N. 1 und 9.

⁶³⁸ So ist die Formulierung in *EWZ – Enron*, RPW 2001/4, S. 707 ff., N. 9: „gemeinsame Kontrolle“ für sich allein noch nicht kartellrechtserheblich. Kontrolle muss sich (um kartellrechtserheblich zu sein) auf wirtschaftliche Tätigkeiten, d.h. die diese repräsentierenden Marktressourcen beziehen (supra KAPITEL 5: D.I.2.a).

⁶³⁹ *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 1, 12 und 17; DUCREY, S. 139. Auch im älteren Fall *Diex – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 15 ff, wurde eine ***AG*** als Rechtssubjekt des KG (*Trägerhülse*) gegründet (vgl. weiter FN. 588 in fine).

⁶⁴⁰ *Coca-Cola/Nestlé*, RPW 2001/4, S. 746 ff., N. 12.

(bisherigen und zukünftigen) Mutterunternehmen Coca-Cola und Nestlé abhängig waren, erweitert und reorganisiert⁶⁴¹. Es lag somit ausschliesslich und direkt (ohne Umweg über Art. 2 Abs. 2 VKU) ein Fall der zweiten Konstellation erster Gruppe vor⁶⁴².

Fliessen bestehende, schon *vor* dem Vorgang jeweils durch **mehrere** – *später kontrollierende* – Mütter beeinflussbare *Geschäftstätigkeiten (Joint Venture)* in einen gegründeten Träger ein, so entspricht der Vorgang der ebenso *gesetzeskonformen zweiten Gruppe*. Denn das Zielunternehmen ist schon vor dem Vorgang von zwei oder mehreren späteren Mutterunternehmen abhängig und somit bereits ein Joint Venture. Weiter muss aber auch hier wenigstens ein Unternehmen Kontrolle über die Ressourcen des vorbestehenden Joint Ventures erwerben. D.h. ein solches Unternehmen muss vorweg bezüglich diesen Ressourcen wirtschaftlich selbständig sein, damit überhaupt ein externes Wachstum stattfinden kann. Des weiteren kann auch hier somit auf die entsprechende Gruppe verwiesen werden⁶⁴³.

Nicht verständlich ist, warum Art. 2 Abs. 2 VKU sich vom Wortlaut her nur auf solche Geschäftstätigkeiten bezieht, die von den später *kontrollierenden* Unternehmen stammen. Fliessen bestehende, jeweils von **Drittunternehmen** (*Unternehmen also, die nicht zu den später kontrollierenden Müttern gehören*) gehaltene Geschäftstätigkeiten in einen gegründeten Träger ein, so liegt im Grunde derselbe Vorgang wie bei der *gesetzeskonformen ersten Konstellation erster Gruppe* vor. Denn das Zielunternehmen bzw. die dahinterliegenden Marktressourcen sind vor dem Vorgang von keinem späteren Kontrollerwerber abhängig. Die Voraussetzungen für externes Wachstum, der Untergang von bestandener wirtschaftlicher Selbständigkeit unter korrelater Entstehung von Abhängigkeit, sind gegeben. Nur weil hier im Unterschied zur ersten Konstellation erster Gruppe ein neuer Träger entsteht, wird die Gefahr für das Kartellrecht nicht geringer. Solche Vorgänge werden somit vom Zweck des KG – entgegen des *engen Wortlauts* – erfasst (teleologische Extension).

Entsprechend diesen Gedanken erfasst das **europäische Kartellrecht** undifferenziert all jene Vorgänge, die sowohl mit als auch ohne Gründung eines Unternehmensträgers vonstatten gehen. Es sind keine gesetzlichen Sonderregelungen für die einen oder anderen Vorfälle vorgesehen. Dies kann an einem Beispiel identisch mit der letzt behandelten Thematik betreffend Drittunternehmen gezeigt werden: So wurden im Entscheid *Sony/Time Warner/CDnow* von der Willensbildungsbasis eines bereits bestandenen Drittunternehmens CDnow alle Ressourcen samt der Firma in eine (neu) gegründete Körperschaft namens Holdco transferiert, ohne dass die ehemaligen „stockholders“ zusammen – die Dritten – nebst Sony und Time Warner eine kartellrechtserhebliche Partnerrolle in der Holdco einnahmen⁶⁴⁴. Der Entscheid wurde

⁶⁴¹ *Coca-Cola/Nestlé*, RPW 2001/4, S. 746 ff., N. 1 und 7.

⁶⁴² Dazu auch FN. 621.

⁶⁴³ Vgl. zur Illustration den Entscheid im EG-Recht *FreeCom/Dangaard*, COMP/JV.26, 1. Dezember 1999, N. 1 (Aus der Fallschilderung geht aber nicht klar hervor, ob die zu transferierenden Marktressourcen FreeCom und Dangaard tatsächlich vorweg schon je gemeinsam kontrolliert wurden. Es ist aber – gestützt auf den veröffentlichten Sachverhalt – naheliegend).

⁶⁴⁴ *Sony/Time Warner/CDnow*, COMP/JV.25, 21. Dezember 1999, S. 1 f.

entsprechend gleich behandelt wie andere Fälle, die der oben angeführten ersten Konstellation erster Gruppe unterliegen⁶⁴⁵.

Diesen Überlegungen zufolge fällt es schwer, Art. 2 Abs. 2 VKU als eine vereinfachende oder hilfreiche Präzisierung zu sehen. Die Bestimmung ist nicht zuletzt darum als eine *überflüssige Wiederholung* zu verstehen, da sie bereits durch die übrigen aufgeführten Gruppen und Konstellationen erfasst wird. Auch schafft sie – insb. wegen der ausdrücklichen Beschränkung auf „Geschäftstätigkeiten [...] der [später] kontrollierenden Unternehmen“ – mehr *Verwirrung* als Klarheit. Aus der hier eingenommenen Sicht kann im Gegensatz zum Lösungsansatz, wie ihn beispielsweise die Rekurskommission vertritt, ***ohne weiteres auf diese Bestimmung verzichtet*** werden. Dieser Gedanke entspricht im übrigen auch dem *Entwurf zur VKU*, der – gemäss seinem *Kommentar* – trotz fehlender Spezialregelung für Joint Venture-Gründungen undifferenziert auch die „Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens“ erfasste⁶⁴⁶. Bei der Joint Venture-Entstehung ist es genauso wenig erforderlich zu unterscheiden, ob diese auf einer (Neu-) Gründung oder einer bereits bestehenden Einheit basiert, wie auch keine entsprechende Unterscheidung z.B. bei der Fusion – und dort insb. bei der *Kombination*, wo regelmässig eine neue Einheit gegründet werden kann – gemacht wird⁶⁴⁷.

3. Fokus: Kein Wettbewerb zwischen Joint Venture und Mutterunternehmen

Ergänzend ist die bereits mehrfach aufgegriffene Beziehung zwischen einem Joint Venture und seinen Müttern genauer zu betrachten. Es soll gezeigt werden, dass in diesem Verhältnis kein Wettbewerb stattfinden kann (a). Anschliessend ist eine wichtige Konsequenz dieser Erkenntnis bezüglich der Erfassung von Joint Venture-Entstehungen aufzuzeigen (b).

a. Erläuterung der Beziehung

Alle künftigen Entscheide über ein Joint Venture werden in ***einer einzigen***, bei seiner Entstehung neu zusammengesetzten ***Willensbildungsbasis*** gefällt, welche sein jeweiliges (existentielles) **Weiterbestehen** überhaupt erst ermöglicht und **sicherstellt**. Die *Entscheide* sind in der Regel durch einen *Kompromiss* aller einzelnen Mutterwillen geprägt. Der Wille zu einer Übereinstimmung kann nicht zuletzt auch durch Enthaltensamkeit bei der Stimmausübung resp. durch Nichtausübung eines Vetos seinen Ausdruck finden, was sich mit dem Umstand verträgt, dass bereits die schlichte *Möglichkeit* einer so verstandenen Kontrollausübung ausreicht. Da für solche Entscheide bloss diese eine Willensbildungsbasis zuständig ist, kann insofern auch von einer einfachen Abhängigkeit der Joint Venture-Tätigkeit gesprochen werden⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Vgl. bereits FN. 603, wo im übrigen auch dieser Entscheid (da das EG-Gesetz keine solche Unterscheidung kennt) schon aufgeführt ist.

⁶⁴⁶ Kommentar zum E-VKU, S. 3 in fine.

⁶⁴⁷ Zur Kombination schon FN. 482. Vgl. ergänzend auch FN. 625.

⁶⁴⁸ Vgl. auch BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 116. Abzugrenzen davon sind die z.B. bei DJALALI, S. 50 (m.w.H.), festgehaltenen Gedanken zur sog. Basisgesellschaft.

Wettbewerbsrechtlich ist nun aber interessant, dass sich bei allen Joint Ventures diese (einfach kontrollierende) Willensbildungsbasis aus **mehreren einzelnen Willensbildungsbasen** zusammensetzt, die selber wiederum Einfluss auf weitere wirtschaftliche Tätigkeiten haben. Jedes dieser einzelnen Mutterunternehmen kann strategisch wichtige Entscheide des Joint Ventures – sofern echte Gemeinsamkeit vorliegt – zwar nicht selber fällen, immerhin aber erfolgreich **blockieren** und damit Pattsituationen hervorrufen. Ein solcher *Einfluss reicht aus, um die wirtschaftliche Tätigkeit des Joint Ventures lahmzulegen*⁶⁴⁹. Eine allfällige Gefahr von Wettbewerbsdruck – durch das Joint Venture – für die den einzelnen Mutterunternehmen separat unterstellten wirtschaftlichen Tätigkeiten kann effizient abgewendet werden. Wird die Gefahr (willentlich) nicht abgewendet, so kann es – ähnlich wie bei *konzerninternen*⁶⁵⁰ Vorgängen – höchstens zu *'geduldetem Wettbewerb'* (sog. *Intra-Enterprise-Competition*) zwischen der Tätigkeit des Joint Ventures und jener der einzelnen Mütter kommen, der vom KG nicht geschützt wird⁶⁵¹. Jedenfalls kann in diesem Verhältnis **keine spontane antinomische Willensausrichtung**, wie sie für wirksamen (und vom KG geschützten) Wettbewerb erforderlich ist, entstehen⁶⁵². Aus diesen wettbewerbsbezogenen Umständen ist es nachvollziehbar, dass bereits bei einem entsprechenden Einflussmass der einzelnen Mütter auf das Joint Venture **Kontrolle im Sinne des KG** vorliegt. Die Willensausrichtung des Joint Ventures ist auf dieser Betrachtungsebene (mehrerer

⁶⁴⁹ Ähnlich auch IMMENGA, S. 943: „Kontrollmöglichkeiten werden auch durch vertragliche Zustimmung- oder Vetorechte eingeräumt“.

⁶⁵⁰ Einige Autoren verwenden diesen Ausdruck unmittelbar auch im Zusammenhang mit dem Joint Venture wie z.B. BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 119: „In einem solchen Fall wäre es denkbar, dass Wettbewerb zwischen der einen Mutter und dem Gemeinschaftsunternehmen beschränkt wird; das ist aber kein im Sinne von § 1 geschützter, **weil konzerninterner, Wettbewerb**“. Vgl. auch bei FUNKE, S. 120 (in seiner FN. 428). Weiteres zur Ähnlichkeit zwischen einem Joint Venture und einem Konzern: Kommentar zum E-VKU, S. 2 und 6 („Konzernunternehmen“), i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und Abs. 2 VKU; DJALALI, S. 49 ff. (insb. S. 56 f.); VONBÜREN, S. 97.

⁶⁵¹ LÜDER, S. 68 m.w.H.; SCHLUEP, Kommentierung, S. 170; SCHMIDHAUSER, Art. 2 N. 6. Vgl. insb. auch die wichtigen Hinweise in FN. 650 und bei EMMERICH, S. 138: „Besteht zwischen den verbundenen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohnehin kein [echter] Wettbewerb mehr, [...] so ist folgerichtig *kein Raum mehr für die Anwendung des Kartellverbots*“.

⁶⁵² Ähnlich TSCHÄNI, S. 95, linke Spalte: „Die Gründerunternehmen bleiben wirtschaftlich unabhängig. Sie fahren fort, eigenverantwortlich zu planen, *nehmen dabei aber Rücksicht* auf die durch das Gemeinschaftsunternehmen erzeugte Interessengemeinschaft“. Antinomische Willensausrichtung kann im Verhältnis zwischen einem Joint Venture und einer Mutter auch dann nicht entstehen, wenn zur Vermeidung eines Unternehmensstillstandes *Schlichtungsverfahren* oder (von den Müttern gewählte) *Personen für Stichentscheide* vorgesehen sind. Denn diese Mittel dienen nebst dem Weiterbestand des Joint Ventures immer auch der Kompromissfindung unter den Parteien in den Kontrollgremien. Soll gemeinsame Kontrolle tatsächlich vorliegen, so darf beispielsweise eine allfällig eingesetzte Schiedsperson sich jedenfalls nicht für eine Lösung entschliessen, welche fundamental dem Willen einer Mutter widersprechen würde. Ein solcher vehementer Widerspruch würde jedenfalls dann vorliegen, wenn die Schiedsperson sich gegen den klaren Willen einer Partei, dass das Joint Venture die wirtschaftlichen Tätigkeiten dieser Partei nicht konkurrenzieren soll, aussprechen würde. Nicht zuletzt wäre auch die Wiederwahl dieser Stichentscheidsperson stark gefährdet, weshalb diese schon deshalb solche den einzelnen Mutterwillen diametral entgegengesetzten Entscheide zu vermeiden wissen wird. Dazu auch schon supra KAPITEL 5: D.I.1.a in fine.

einzelner Willensbildungsbasen) *nie* als *eigen* anzusehen, da sie von weiteren Willen mehrfach abhängig ist⁶⁵³.

Über die den einzelnen Mutterunternehmen verbleibenden wirtschaftlichen Tätigkeiten können die Mütter *Entscheide* in der Regel alleine fällen, so dass darüber meist ein anderer Kontrollmodus herrscht als über die Tätigkeit des Joint Ventures, wo *Entscheide* lediglich blockiert werden können. Trotz solcher *unterschiedlichen Kontrollmodi* (unterschiedliche Willensdurchsetzungsmöglichkeit) konkretisiert sich die Gefahr für den wirksamen Wettbewerb bei einer Joint Venture-Entstehung im Wegfall der echten Konkurrenz zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Joint Ventures und den Tätigkeiten seiner Mütter, wo Abhängigkeit entsteht und korrelat wirtschaftliche Selbständigkeit untergeht⁶⁵⁴. Zur Beurteilung der Marktstruktur (nach dem Entstehungsvorgang) müssen dann konsequenterweise diese in der Regel mit unterschiedlicher Intensität kontrollierten und je bereits bestehenden (Erfordernis für externes Wachstum) Tätigkeiten **kumuliert** werden. Dies deshalb, da nun ein und dieselbe Willensbildungsbasis – jene des jeweiligen Mutterunternehmens – die unterschiedlichen Kontrollmodi ausüben kann (Personalunion). Von Bedeutung ist also nicht bloss eine allfällige Kumulierung von Marktressourcen alleine *im* Joint Venture⁶⁵⁵. *Bei der Prüfung im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle muss untersucht werden, ob die zwischen dem Joint Venture und den einzelnen Müttern jeweils separat kumulierten Tätigkeiten – ohne dass also die wirtschaftlichen Tätigkeiten der einzelnen Mütter untereinander zusammengezählt werden⁶⁵⁶ – eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken⁶⁵⁷.* In diesem Sinne kann von

⁶⁵³ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 116 („Ebensowenig spricht für eine kooperative Natur eines Gemeinschaftsunternehmens die Abhängigkeit ihrer Geschäftsführung vom 'koordinierten Willen ihrer Anteilseigner' [...]. Das ist typisch für jedes Gemeinschaftsunternehmen und deswegen für die hier behandelten Differenzierungen bedeutungslos“). Vgl. bereits supra KAPITEL 5: B.II.1. Ähnliche Gedanken im Gesellschaftsrecht: vgl. die Hinweise bei DJALALI, S. 56 f.

⁶⁵⁴ Siehe schon in FN. 625.

⁶⁵⁵ Dass eine Kumulierung *im* Joint Venture nicht unbedingt erforderlich ist, zeigt schon die Ausgestaltung des Art. 2 Abs. 2 VKU, wo lediglich vorausgesetzt wird, dass „Geschäftstätigkeiten von mindestens *einem* [...] Unternehmen einfließen“. Eine Kumulierung *im* Joint Venture wird beim Einbringen von bloss einem Mutterunternehmen ausgeschlossen.

⁶⁵⁶ Ein solch getrenntes Vorgehen ist grundsätzlich damit vereinbar, dass bei der Entscheidung, ob eine nähere Prüfung durchzuführen ist, die Marktanteile der beteiligten Unternehmen (Art. 3 VKU) zusammenzuzählen sind (Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU; *Berner Oberland Medien AG*, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 77), solange daraus keine endgültigen Schlüsse gezogen werden.

Bezüglich der Märkte, wo die Joint Venture-Entstehung stattfindet, ist das *deutsche* Kartellrecht anders ausgestaltet. Die Mütter werden in diesen Märkten als zusammengeschlossen angesehen: dazu näheres bei MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 74, und FN. 861.

⁶⁵⁷ EBEL, S. 755, linke Spalte, spricht in diesem Zusammenhang von *einzelnen* vertikalen *Zusammenschlüssen* zwischen *einem* Gesellschafter und der gemeinsamen Tochter. HUBER G., S. 376, erwähnt, dass „die im GU vorhandenen Ressourcen *jedem* Gesellschafter *zugerechnet* werden“ können. „Dem entspricht es, dass die Möglichkeit einer solchen gemeinsamen Beherrschung auch dafür massgeblich ist, ob der Obergesellschaft der *Marktanteil*, die Beschäftigten und der Umsatz des GU zugerechnet werden (§ 23 Abs. 1 Satz 2). Diese Zurechnung kann dazu führen, dass durch die Bildung des GU bei einer oder bei mehreren der Obergesellschaften eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird“. ZIMMER, § 1 N. 403: Daneben (nebst der dem schweizerischen Recht unbekannten Zusammenschlussfiktion gemäss § 37 Abs. 1 N. 3 Satz 2 GWB) „gilt der Vorgang jeweils als Zusammenschluss zwischen dem sich beteiligenden und dem Gemeinschaftsunternehmen“. Siehe des Weiteren auch die ähnlichen gesellschaftsrechtlichen Gedanken festgehalten bei DJALALI, S. 57: „Es bestehen diesfalls mehrere wirtschaftliche Einheiten nebeneinander, *jeweils bestehend aus dem Gemeinschaftsunternehmen und einem Partnerunternehmen*“. Im

einer 'gegabelten' Prüfung gesprochen werden (Korrelat zur Gabelung des Kontrollursprungs)⁶⁵⁸.

Dass Wettbewerb zwischen zuvor unabhängigen Einheiten untergeht und die wirtschaftlichen Tätigkeiten im nachhinein (jeweils separat) zu kumulieren sind, prägt auch die **übrigen Zusammenschlussvorgänge** (Fusion, einfacher Kontrollerwerb). Das Vorliegen nachträglicher Abhängigkeit der akquirierten wirtschaftlichen Tätigkeit ist in diesen Bereichen unbestritten⁶⁵⁹. Die Charakteristik des Joint Ventures bringt es mit sich, dass nach seiner Entstehung weiterhin mehrere unabhängige Mütter bestehen bleiben, die jeweils Kontrolle ausüben. Durch diese mehrfache bzw. gegabelte Abhängigkeit, unterscheidet sich das Joint Venture vom klassischen Konzernverständnis (Konzerne entstehen in der Regel als Folge von Fusionen und einfachem Kontrollerwerb)⁶⁶⁰. Dies vermag aber nichts an der dargestellten Tatsache zu ändern, dass eine zusammenschlussrelevante Strukturänderung bei der Joint Venture-Entstehung stattfindet. Die gleiche Änderung wie bei den restlichen Zusammenschlussvorgängen ist zwischen dem Joint Venture und seinen neu hinzutretenden Mutterunternehmen zu lokalisieren⁶⁶¹. Denn dort geht, wie bei den Joint Venture-Entstehungsarten gesehen, immer eine zuvor bestehende wirtschaftliche Selbständigkeit über Marktressourcen verloren, die durch Abhängigkeit ersetzt wird, wodurch sich letztlich alle Zusammenschlüsse charakterisieren. Wo externes Wachstum stattfindet, kann zwischen der ursprünglichen Einheit und dem Zuwachs kein Wettbewerb mehr vorliegen, da der Vorgang sonst nicht als Wachstum verstanden werden kann. Der Kern eines jeden Zusammenschlusses ist aus kartellrechtlicher Sicht im Untergang von Wettbewerb durch Strukturänderung zu finden⁶⁶². *Nach dem Zusammenschluss* findet zwischen den zusammengeschlossenen

Gesellschaftsrecht gilt dieser Satz nur eingeschränkt, da sich dieses vorwiegend auf die positiven Einflussmöglichkeiten bezüglich der Entscheide bezieht, um das Funktionieren solcher Gebilde zu sichern (vgl. a.a.O.). Kartellrechtlich reicht aber, wie gesehen, bereits eine negative Einflussmöglichkeit im Sinne des Blockierens von Entscheiden über das Joint Venture, weshalb der Satz sinngemäss für den Fall einer kartellrechtlich verstandenen gemeinsamen Kontrolle gilt.

⁶⁵⁸ Supra KAPITEL 5: D.I.1.b.

⁶⁵⁹ So würde kaum jemand ernsthaft annehmen, dass z.B. zwischen fusionierten Unternehmen nach einer wirtschaftlichen *Fusion* (wo die einzelnen Unternehmen mangels Verlust der Rechtspersönlichkeiten weiterhin bestehen bleiben; näheres unter FN. 496) immer noch kartellrechtsgeschützte Konkurrenz vorliegen würde.

⁶⁶⁰ Dazu mehr bei FN. 577. Zur Nähe des Joint Ventures zum Konzern vgl. auch FN. 650 im zweiten Abschnitt.

⁶⁶¹ Dies geht auch daraus hervor, dass sich all diese Zusammenschlussarten dieselbe Regelung (Art. 4 Abs. 3 KG) und teils (insb. der einfache Kontrollerwerb mit dem Erwerb gemeinsamer Kontrolle) auch dieselben Begriffe teilen. So bezieht sich die Wendung „*bisher unabhängige Unternehmen*“ (und die entsprechende in Art. 2 VKU: „*bisher nicht gemeinsam kontrollierten*“) nicht auf das Verhältnis zwischen den späteren Müttern (so aber entgegen des expliziten Gesetzeswortlauts VENTURI, S. 9), sondern auf die Beziehung solcher Mütter zum späteren Gemeinschaftsunternehmen bzw. dessen wirtschaftlichen Tätigkeiten. Nur Letztere müssen vor dem Entstehungsvorgang von den Müttern unabhängig sein (wie im Einzelnen soeben im Zusammenhang mit den Joint Venture-Entstehungsarten dargestellt wurde), damit die Voraussetzungen für einen Zusammenschluss erfüllt werden. Vgl. auch die Ausführungen bei ZURKINDEN, S. 114, zur Nähe eines Joint Ventures und einer Fusion.

⁶⁶² Vgl. zum Ganzen auch den Entscheid *Erdgas Schwaben*, BGHZ 73, 65, 77: „Es ist vielmehr, *ähnlich den Voraussetzungen, unter denen bei einem Zusammenschluss einem beteiligten Unternehmen die Ressourcen des anderen Unternehmens zugerechnet werden können*, jedenfalls bei der Untersuchung, ob die marktbeherrschende Stellung einer der Mütter des Gemeinschaftsunternehmens verstärkt wird, zu prüfen, in welcher Art und in welchem Ausmass diesen Unternehmen *Leitungsmacht im Gemeinschaftsunternehmen in*

Einheiten mangels Wettbewerbs (bei der Joint Venture-Entstehung zwischen dem Joint Venture und seinen Müttern) *kein kartellgesetzlicher Schutz* mehr statt.

Die Beziehung zwischen einem Joint Venture und seinen Müttern kann wie folgt festgehalten werden: Das Joint Venture ist vom Einfluss jedes Mutterunternehmens abhängig. Es kann *keine echte Konkurrenz* in diesem Verhältnis entstehen. Das Joint Venture ist **kein Unternehmen verstanden als Gesetzesadressat**, da diesem alleine (wegen der wettbewerbsbeseitigenden Abhängigkeit) die nötige wirtschaftliche Selbständigkeit definitionsbedingt nicht zukommt⁶⁶³. Dies ist auch nicht nötig, da das Joint Venture lediglich das *Ergebnis eines kartellrechtsrelevanten Vorgangs* ist. Als Gesetzesadressat – bedeutsam beispielsweise bei einem weiteren Zusammenschluss, welcher durch das Gemeinschaftsunternehmen geführt wird, wie beispielsweise im Entscheid *Amedis AG/F. Uhlmann-Eyraud S.A.* zu sehen war⁶⁶⁴ – ist das Joint Venture erst zusammen mit seinen Müttern zu verstehen; dort also, wo Letztere zusammen eine einzige, bei der Joint Venture-Entstehung neu zusammengesetzte Willensbildungsbasis bilden⁶⁶⁵. Die Einsicht, dass zwischen Joint Venture und den einzelnen Müttern kein echter Wettbewerb besteht, findet ihren Niederschlag vereinzelt auch im *Schrifftum* und in der *Praxis*⁶⁶⁶. Erwähnenswert ist insb. der Entscheid *Berner Oberland Medien AG*, wo die Weko festhielt, dass die beiden Verlagsunternehmen und Gründer eines Joint Ventures (Berner Oberland Medien AG), Maurer AG und Schaer AG, mit der

Richtung eines den Wettbewerb unter den gegebenen Verhältnissen hemmenden Einflusses zukommt“, ob also Kontrolle im Sinne des Kartellrechts vorliegt. So auch MESTMÄCKER/VEELKEN, § 36 N. 108.

⁶⁶³ A.M. wohl ZURKINDEN, S. 54, wo dieser im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Unternehmensdefinition die sog. konzentrativen Joint Ventures immanent als wirtschaftlich selbständig (im Sinne der kartellrechtlich relevanten Unternehmen) versteht (vgl. auch FN. 755). Zur synonymen Verwendung von wirtschaftlicher Selbständigkeit und Unabhängigkeit: FN. 462.

⁶⁶⁴ *Amedis AG/F. Uhlmann-Eyraud S.A.*, RPW 2001/3, S. 553 ff.

⁶⁶⁵ Siehe dazu bereits bei FN. 648.

⁶⁶⁶ Vgl. bei BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 119; BORER, Art. 4 N. 46; EBEL, S. 754, linke Spalte m.w.H. („autonome Selbstbeschränkung“); FUNKE, S. 119 ff. (insb. auch [der Verweis auf den EuGH und HAWK] in seiner FN. 426: „The reference to the non-compete provisions is troublesome because it rests on the *false notion that competition between parents and joint venture can be expected and thus be restricted*“); IMMENGA, S. 942 in fine („Der damit gegebene *bestimmende Einfluss* der Gründerunternehmen auf das Gemeinschaftsunternehmen *bedeutet Abhängigkeit und schliesst damit an sich Selbständigkeit aus*“); KNÖPFLE, S. 655 f. („die Mütter [stehen] in Angelegenheiten des GU, [...] *insoweit, als sie auf diesen Einfluss nehmen*, nicht im Wettbewerb miteinander“; „Bei dieser *Einflussnahme* handelt es sich nicht um ein Marktverhalten, sondern um ein Handeln gegenüber der *Gesellschaft*, die ihnen gemeinsam gehört“); LANGEFELD-WIRTH, S. 153 („Wenn ein Unternehmen eine Technologie in ein Joint Venture einbringt, dann hat dieses Unternehmen *kein Interesse daran, sich eine eigene Konkurrenz [...] aufzubauen*“); LÜDER, S. 65 ff. m.w.H. (insb. S. 68: „wettbewerblich als *‘wirtschaftliche Einheit’* zu betrachten, auf die analog der *intra enterprise conspiracy Doktrin*, der Kartelltatbestand keine Anwendung mehr findet“; S. 72: „Im Verhältnis zwischen einem Gründer und dem GU ist danach kein Raum für eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens voneinander unabhängig bleibender Unternehmen“); ZÄCH, N. 422 („Denn das Vorliegen eines Gemeinschaftsunternehmens setzt Kontrolle durch die *‘Gründerunternehmen’* und insoweit *Unselbständigkeit* voraus“); *Le Temps*, RPW 1998/1, S. 40 ff., N. 49; *Watt AG*, RPW 1997/4, S. 558 ff., N. 61 und 67; *BT/AT&T*, IV/JV.15, 30. März 1999, N. 121 (andeutend); *Elf Atochern/Rütgers*, IV/M.442, 29. Juli 1994, N. 17 („HGD S.A. [Joint Venture] et Rütgers [Mutter] constitueront une *unité économique*“). Vgl. auch in der älteren Bekanntmachung der EU-Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1994 C 385/3 N. 8 und 17 (bereits abgedruckt in FN. 518). Ansatzweise und sinngemäss (zur Doppelgesellschaft) auch schon NÄGELI II, S. 340, und ZIHLMANN, S. 317, rechte Spalte.

Herausgabe eigener Titel „**sich selbst**“ (gemeint waren die Ausgaben der Berner Oberland Medien AG) **konkurrieren würden**⁶⁶⁷. Diese Äusserung spricht generell gegen das Vorhandensein eines echten Wettbewerbs zwischen der gemeinsamen Joint Venture-Einheit und den Mutterunternehmen.

Dieser Gedanke findet seine Unterstützung auch in *Art. 5 Abs. 1 lit. d und Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 VKU*: Werden Zusammenschlüsse unter der Strukturkontrolle geprüft, so sind die Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung der Umsätze jener Joint Ventures zu bestimmen, an welchen die (am neuen Zusammenschluss beteiligten) Unternehmen bereits beteiligt waren. Dabei sind aber die **Umsätze aus Geschäften zwischen dem (am neuen Zusammenschluss) beteiligten Unternehmen (Mutter) und dem Joint Venture nicht zu berücksichtigen**⁶⁶⁸. Zwar geht es dabei bloss um die Zusammensetzung der Umsätze. Der Umsatz ist aber ein Indiz für Marktmacht im Sinne eines quantitativen Aufgreifkriteriums und spielt eine zentrale Rolle als Schwellenwert bzw. Vorstufe des eigentlichen Prüfungsverfahrens⁶⁶⁹. Als Vorbote des späteren Beurteilungsmassstabs muss sich auch die Umsatzberechnung an den Grundwertungen im Zusammenschlussverfahren orientieren. Dazu gehört gemäss diesen Bestimmungen auch, dass die hier untersuchte Beziehung für die Beurteilung der Marktmacht nicht von Bedeutung ist, *analog* wie bei den typischen internen Konzernkonstellationen (Art. 5 Abs. 1 lit. a - c VKU), wo eine wirtschaftliche Einheit vorliegt⁶⁷⁰. Dies bestätigt das Fehlen von kartellrechtlich relevantem Markt bzw. Wettbewerb zwischen Müttern und ihrem Joint Venture.

b. Konsequenz für den Fall einer Herabsetzung der Anzahl Mutterunternehmen

In der **Lehre** wird, mehrheitlich gestützt auf die **Praxis** der EU-Kommission, die Meinung vertreten, dass auch die Herabsetzung der Zahl von Mutterunternehmen – inkl. also auch der Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle – den Tatbestand des Zusammenschlusses erfüllt⁶⁷¹. Diese Ansicht wird selbst von der EU-Kommission nicht gegenständlich begründet⁶⁷².

Da echter Wettbewerb bereits bei der geringen Einflussform – Kontrolle mittels Blockiermöglichkeit von strategisch wichtigen Entscheiden – zwischen Joint Venture und Mutter wegfällt (dies auch ohne dass eine wirtschaftliche Einheit im

⁶⁶⁷ Berner Oberland Medien AG, RPW 2000/3, S. 414 ff., N. 21.

⁶⁶⁸ DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 53.

⁶⁶⁹ BORER, Art. 9 N. 8.

⁶⁷⁰ DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 52; Venturi, S. 17 ff.

⁶⁷¹ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen, ABI 1998 C 66/14, N. 30 ff.; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABI 1998 C 66/5, N. 40; *EdF – EDFT*, RPW 2003/4, S. 774 ff.; *Bertelsmann AG/RTL Group*, RPW 2001/3, S. 537 ff.; *Beendigung der Joint Ventures zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation*, RPW 2000/1, S. 53 f.; BORER, Art. 4 N. 48; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 107; IMMENGA, S. 928 und 935.

⁶⁷² Das stärkste Argument der EU-Kommission in ihren Ausführungen zu dieser Thematik ist schlussendlich, dass sie einen entsprechenden Vorgang als eine Änderung der Beschaffenheit der Kontrolle „*erachtet*“, da sich dieser „wesentlich“ verändere. „Normalerweise“ sei aber davon auszugehen, dass ein solcher Vorgang keine Änderungen dieser Art hervorruft. Vgl. dazu die Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen, ABI 1998 C 66/14, N. 38 f.

Sinne eines Konzernrechts gegeben sein müsste [da im KG auch eine gegabelte Kontrolle Abhängigkeit schafft und darüberhinaus schon die Möglichkeit einer Kontrollausübung ausreicht, wird klar, dass der Begriff des Konzerns kein Mass für das Wettbewerbsrecht darstellt]⁶⁷³ und es sich somit um einen vom *Kartellrecht nicht geschützten Bereich* handelt, kann eine Modifizierung der ohnehin schon bestehenden Kontrolle – im Sinne einer **Verstärkung** – für das KG nicht plötzlich wieder relevant sein⁶⁷⁴. Kontrolle wird dann verstärkt, wenn den **verbleibenden Mutterunternehmen** jene Kontrollanteile (nicht zu verwechseln mit Marktanteilen) der scheidenden Mütter zukommen. Bestenfalls entstehen durch die austretenden Unternehmen neue potentielle oder sogar aktuelle Wettbewerber (Marktanteile können dadurch allenfalls reduziert werden)⁶⁷⁵. *Nie* aber können durch die Herabsetzung der Zahl von Mutterunternehmen *bisher fremde bzw. unabhängige* Marktressourcen – wie für kartellrechtsbedeutende Strukturänderungen erforderlich – *zusätzlich* in den Einfluss eines anderen Unternehmens fallen (Ausschluss externen Wachstums). Aus diesen Überlegungen kann gefolgert werden, dass die Überprüfung des Falles *Bertelsmann AG/RTL Group* eigentlich unnötig war⁶⁷⁶. Denn das Mutterunternehmen Bertelsmann AG übte bereits vor seinem Vorhaben Kontrolle über die RTL Group aus⁶⁷⁷. Dasselbe gilt für den Fall *NOK-E.On-Watt* (siehe auch den Fall *NOK/Watt*), wo zusätzlich sichtbar wird, dass bei der dort untersuchten Herabsetzung der Mutterunternehmen an einem Joint Venture auf zwei im Grunde nochmals die entsprechenden Bereiche und Marktanteile untersucht wurden, wie schon zuvor bei der Gründung des Joint Ventures mit drei Müttern geschehen war⁶⁷⁸.

⁶⁷³ Dazu auch in den FN. 540 f. Siehe auch bei BORER, Art. 4 N. 31: „Für die Beeinflussung darauf bezogener unternehmerischer Entscheide ist jedoch *nicht eine einheitliche Leitung im Sinne des Konzernrechts erforderlich*“.

⁶⁷⁴ Wo kein (echter) Wettbewerb entstehen kann, ist das KG nicht anwendbar. Kartellrechtsrelevant war vielmehr der Vorgang, durch welchen es zu dieser wettbewerbslosen Konstellation kam (also die Joint Venture-Entstehung). Würde die hier untersuchte Herabsetzung der Anzahl Mütter der Zusammenschlusskontrolle unterfallen, wäre die Prüfung ohnehin identisch (wenn nicht sogar geringer, da mit dem Ausstieg auch wirtschaftliche Tätigkeiten verloren gehen und diese damit nicht mehr mit jenen des Joint Ventures kumuliert werden können) im Vergleich mit jener bei der Joint Venture-Entstehung. Im Ergebnis gleich zur Kontrollverstärkung: IMMENGA, S. 928, auch wenn dieser für den Fall eine Ausnahme vorsieht, wo ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle stattfindet. Immerhin wurde im Fall *Beendigung der Joint Ventures zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation*, RPW 2000/1, S. 53 f., beim Lubricants Joint Venture, trotz eines (im Entscheid nicht erwähnten) Wechsels von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle, angenommen, dass dieser Vorgang ohne Bedenken sei (mit der Begründung, dass die Anteile wertmässig wieder zurückgenommen werden). Anzumerken ist, dass das *deutsche Gesetz* explizit so (anders) ausgestaltet ist, dass solche Vorgänge, bei denen die Kontrolle intensiviert wird, auch als kartellrechtsrelevant zu deklarieren sind: § 37 Abs. 1 Ziff. 3 GWB.

⁶⁷⁵ Ein solcher Vorgang gleicht eher einer wettbewerbsrechtlich unbedeutenden Spaltung. Dazu auch RITTER/BRAUN/RAWLINSON, S. 429 (in ihrer FN. 113 in fine), die in diesem Zusammenhang von „deconcentration“ sprechen.

⁶⁷⁶ *Bertelsmann AG/RTL Group*, RPW 2001/3, S. 537 ff. Dasselbe gilt entsprechend beispielsweise für den Fall *EdF – EDF*, RPW 2003/4, S. 774 ff.

⁶⁷⁷ *Bertelsmann AG/RTL Group*, RPW 2001/3, S. 537. Dieser Entscheid widerspricht denn auch dem Fall *Beendigung der Joint Ventures zwischen BP Amoco p.l.c. und Mobil Corporation*, RPW 2000/1, S. 53 f.: Dazu bereits in FN. 674.

⁶⁷⁸ *NOK/Watt*, RPW 2002/2, S. 348 ff. (siehe insb. N. 20 ff., wo bei der Beurteilung permanent und augenöffnend immer wieder auf die beiden zeitlich vorausgehenden Fälle verwiesen wurde [das gleiche wurde dreimal – und zweimal unnötig – geprüft], und N. 21: „Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben kommt es zu keiner Addition von Marktanteilen, da die NOK, welche künftig

Anders gestaltet sich die Situation, wenn **Drittunternehmen** involviert sind: Erwirbt gleichzeitig ein zuvor unabhängiges (fremdes) Unternehmen solche Kontrollanteile (so dass im nachhinein weniger Mutterunternehmen bestehen), liegt diesem gegenüber – wegen seiner Unabhängigkeit – kein vom Kartellrecht ungeschützter Bereich vor. Vielmehr ist ein entsprechender Vorgang dann kartellrechtsrelevant, da dieser neu hinzukommende Einfluss (über dem Dritten bis anhin fremde Marktressourcen) zuvor noch nicht geprüft werden konnte. Nur insofern kann der hier kritisierten Lehre und Praxis zugestimmt werden⁶⁷⁹.

Folglich ist der Vorgang, bei welchem die Anzahl Mutterunternehmen eines bestehenden Joint Ventures herabgesetzt wird, grundsätzlich nicht kartellrechtserheblich, ausser es seien Drittunternehmen wie in soeben gezeigter Weise daran beteiligt.

4. Schlussfolgerungen

a. Erwerb gemeinsamer Kontrolle ist kartellrechtserhebliche Strukturänderung

Die aufgeführten Darstellungen belegen den zu Beginn gezeigten Syllogismus⁶⁸⁰, demzufolge ein Kontrollenerwerb stets durch die Strukturänderung geprägt sei. Zusammen in eine **Formel** gefasst und unter Berücksichtigung sowohl kontroll- als auch strukturänderungsrelevanter Elemente, bedeutet der **Erwerb gemeinsamer Kontrolle** – diese verstanden als *Bindeglied* zwischen Willensbildungsbasis und wirtschaftlicher Selbständigkeit – Folgendes:

Zumindest eine⁶⁸¹ Willensbildungsbasis einer wirtschaftlich selbständigen Einheit erlangt die Möglichkeit, ihren Willen über eine bisher bestehende wirtschaftliche Tätigkeit ansatzweise durchzusetzen, so dass eine mehrfache

die alleinige Kontrolle über Watt ausüben würden, bereits heute zusammen mit E.ON die gemeinsame Kontrolle über Watt ausüben“ [Dass sich voraussichtlich das Geschäftsgebaren der Watt durch diesen Wechsel ändern werde, ist zwar nicht unmöglich, unterliegt jedoch nicht der Struktur- sondern vielmehr einer künftigen Verhaltenskontrolle]; *NOK-E.On-Watt*, RPW 2001/4, S. 712 ff., N. 2 10 ff. und 15 ff. (siehe insb. N. 21, wo bei der Beurteilung explizit auf den zeitlich vorausgehenden Fall verwiesen wurde: „Hierzu kann auf die Ausführung in der Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. Dezember 1997 verwiesen werden“); *Watt AG*, RPW 1997/4, S. 558 ff., N. 29 ff. Die einzigen Unterschiede in den Untersuchungen der drei Fälle finden sich darin, dass im jeweils späteren Entscheid allfällige Änderungen gegenüber dem vorausgehenden Entscheid stattgefunden haben die aber schon Gegenstand anderer Verfahren bildeten (wie z.B. bei einem anderen externen Wachstum) oder dann mit dem Wettbewerb vereinbar sind (wie z.B. bei einem internem Wachstum) und dass allenfalls die Marktanteile um jene des scheidenden Mutterunternehmens reduziert werden. All diese Unterschiede sind aber für die jeweils nachträglichen Strukturkontrollen der beiden letzten Entscheide nicht von Bedeutung oder verstärken zumindest keine Marktanteile (wie beim internen Wachstum zu sehen ist).

⁶⁷⁹ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff der beteiligten Unternehmen, ABl 1998 C 66/14, N. 35: „diese Anteile von anderen (neuen [...]) Anteilseignern erworben werden und dies zum Erwerb der Kontrolle führen [...] kann“.

⁶⁸⁰ Bei FN. 527.

⁶⁸¹ Erwirbt nur eine Willensbildungsbasis Abhängigkeit bezüglich einer wirtschaftlichen Tätigkeit, so muss dieselbe wirtschaftliche Tätigkeit schon im Vorfeld zumindest von einer weiteren Willensbildungsbasis abhängig gewesen sein. Diese letztere Basis muss sodann ihre Abhängigkeit auch nach dem Erwerb beibehalten, soll es zu einer *mehrfachen* Abhängigkeit kommen. Ansonsten kann kein Erwerb *gemeinsamer* Kontrolle vorliegen.

Abhängigkeit entsteht, während *korrelat* dazu die wirtschaftliche **Selbständigkeit** einer anderen Willensbildungsbasis über dieselbe Tätigkeit in gleichem Umfang verloren geht. Die andere Willensbildungsbasis verliert somit ihre *bisherige* Eigenständigkeit (Privatautonomie) bezüglich der **übertragenden** wirtschaftlichen Tätigkeit (**Marktressourcen**) gegenüber den neuen Müttern. Dadurch wird das ursprüngliche Verhältnis einer Willensbildungsbasis zu ihrer ursprünglichen wirtschaftlichen Tätigkeit geändert, indem mindestens eine weitere Basis bestimmenden Einfluss über dieselbe (bzw. nur Teile derselben) Tätigkeit erlangt und dabei gleichzeitig eine neue Willensbildungsbasis zusammengestellt wird (Strukturänderung im Sinne eines externen Wachstums). Darin ist die eigentliche marktgestaltende Auswirkung eines jeden Erwerbs gemeinsamer Kontrolle zu erblicken. Ein solcher Erwerb kann, wegen den gezeigten Verstrickungen, nie ohne eine Änderung der Marktstruktur stattfinden⁶⁸². Anders gewendet: „Die Übertragung der [...] Aufgaben [bzw. Marktressourcen] auf ein Gemeinschaftsunternehmen [– Erwerb gemeinsamer Kontrolle –] bewirkt in jedem Fall eine gewisse Veränderung der bis anhin bestehenden Struktur der Teilnehmer auf einem bestimmten Markt“⁶⁸³. **Jede Joint Venture-Entstehungsart ist eine Strukturänderung (im Sinne eines externen Wachstums und somit im Sinne eines Zusammenschlusses), da alle Joint Ventures durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle geprägt sind.**

Bei der Strukturänderung geht es zentral um die Neuordnung der *Kontroll-* bzw. *Macht*verteilung – Neuordnung des Verhältnisses aller Abhängigkeitsbeziehungen – unter den Marktteilnehmern als Gesetzesadressaten⁶⁸⁴. Die Verteilung der bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten auf die einzelnen wirtschaftlich selbständigen Einheiten (Marktstruktur) ändert. Marktmacht betroffener Gesetzesadressaten ist nach einer Strukturänderung bezüglich weiterhin bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten neu zu evaluieren. Die potentielle **Marktbeherrschungsgefahr** eines solchen Vorganges erklärt sich aus der **Kumulierung** vorweg fremder Leistungen mit *bisher bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten* der Mütter (bzw. derer Einflüsse auf solche Tätigkeiten). Dabei geht es nicht nur um die Kumulierung *im* Joint Venture selber, sondern vorwiegend um jene, die *zwischen* den einzelnen Müttern *und* dem Joint Venture stattfindet (‘gegabelte’ Betrachtungsweise). Kumuliert werden dann die Tätigkeiten, die unverändert (wie schon vor dem Vorgang) – in der Regel alleine – den einzelnen Müttern unterliegen, mit denjenigen des Joint Ventures. Der Kontrollerwerb ist folglich *kartellrechtserhebliche* Strukturänderung im Sinne des *externen Wachstums*.

⁶⁸² Wohl aber umgekehrt: Eine Strukturänderung kann auch ohne einen solchen Vorgang stattfinden, wie z.B. im Falle des internen Wachstums (der auch eine Form der Strukturänderung darstellt).

⁶⁸³ BORER, S. 878, linke Spalte. Vgl. des Weiteren: BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 117 („Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens ist ein tendenziell auf Dauer angelegter *Strukturvorgang*. Als solcher unterliegt er der Fusionskontrolle“); DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 89 („Entscheidend ist dabei jeweils die durch einen Sachverhalt erreichte **Veränderung der Marktstruktur bzw. veränderte Kontrolle** über ein oder mehrere Unternehmen“. Es ist anzumerken, dass diese beiden Autoren trotz ihrer klaren Gleichsetzung von Marktstruktur- und Kontrolländerung im Endeffekt eine a.M. einnehmen: DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 125, und DUCREY, M&A, S. 137); a.M. IMMENGA, S. 941 in fine.

⁶⁸⁴ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 24: Es „wechseln die Kontrollverhältnisse unternehmensrelevanter Aktiva durch Integration in ein GU“.

Abschliessend ist noch auf folgendes bestätigendes Anzeichen hinzuweisen: Da ein Erwerb gemeinsamer Kontrolle immer eine Strukturänderung hervorruft, muss auch jede Joint Venture-Entstehung – wie schon generell am Unternehmenszusammenschluss gezeigt – als *optimal bzw. vollendet kooperatives Verhalten* (im bereits oben angeführten *weiten Verständnis*)⁶⁸⁵ angesehen werden können. In der Tat finden sich in der Literatur vereinzelt Äusserungen, die dies bestätigen: „Mit der Gemeinschaftsgründung ist, was den organisatorischen Rahmen betrifft, der *höchste Grad der Koordinierung* erreicht, der möglich ist“⁶⁸⁶; „mit [einem Joint Venture ist] ein *Optimum an Kooperation* erreicht“⁶⁸⁷; „Schaffung und gemeinsame Kontrolle des Gemeinschaftsunternehmens *ohne eine Verständigung* der Mütter über ihre Interessen [ist] *undenkbar*“⁶⁸⁸. Dabei ist zwischen der Entstehung und der Fortbestandssicherung zu unterscheiden: Bei der *Entstehung* eines Joint Ventures müssen sich die einzelnen Mutterunternehmen untereinander abstimmen und koordinieren, damit es zu einer Kumulierung von Marktressourcen überhaupt erst kommen kann. Dazu ist nicht eine explizite Vereinbarung erforderlich⁶⁸⁹. Zur *Fortbestandssicherung* müssen sich die Mutterunternehmen in den Entscheidungsorganen des entstandenen Joint Ventures weiterhin koordinieren, um deren Willen zu vereinheitlichen und so den Bestand des Joint Ventures längerfristig zu sichern. Zu *Letzterem* kann gleich angefügt werden, dass die Fortbestandssicherung – mangels Wettbewerb zwischen den einzelnen Müttern bezüglich der künftigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Joint Ventures – nie kartellrechtlich von Bedeutung sein kann⁶⁹⁰. Zu *ersterer* Koordinierung ist folgendes festzuhalten: *Jede* Joint Venture-Entstehungen erweist sich in diesem Sinne als kooperativ⁶⁹¹. Soll die Wendung 'Erwerb gemeinsamer Kontrolle' seine Bedeutung für die Unterscheidung der Anwendungsbereiche zwischen Verhaltens- und Strukturkontrolle nicht einbüßen, muss der Erwerb gemeinsamer Kontrolle als *qualifizierte Verhaltensform* betrachtet werden, welche durch die Strukturkontrolle und nicht auch durch die Verhaltenskontrolle erfasst wird. Dies entspricht dem Gedanken, wonach genau

⁶⁸⁵ Supra KAPITEL 5: B.I. Die folgenden Ausführungen für Kartelle gelten mutatis mutandis auch für den Fall, dass am Joint Venture ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist. Die Joint Venture-Entstehung kann dann als eine (*weit* verstandene) missbräuchliche Verhaltensform dieses dominanten Unternehmens aufgefasst werden (analog schon unter dem soeben angeführten Verweis). Dass aber auch diese Verhaltenskontrolle den Erwerb gemeinsamer Kontrolle nicht erfasst, zeigen die Überlegungen unter dem Verweis in FN. 693.

⁶⁸⁶ KNÖPFLE, S. 655, linke Spalte m.w.H. (Ders. weiter: „Sie [die Gemeinschaftsgründung] bildet die **oberste Stufe**, in der durch informale gelegentliche Kontakte, regelmässige Kontakte, die Einrichtung von Gremien zur Kooperation und verschiedene weitere Stufen gekennzeichneten Skala“).

⁶⁸⁷ LOHSE, S. 38.

⁶⁸⁸ KLEINMANN, S. 608, rechte Spalte (m.w.H. auf die EU-Kommission). Vgl. zur Ergänzung auch bei BORER, Kooperation, S. 878, linke Spalte, der an jener Stelle den Ausdruck 'Kooperation' in einem auch das Joint Venture umfassenden Sinn verwendet.

⁶⁸⁹ So liegt auch im Falle einer Joint Venture-Entstehung mit einer paritätischen Beteiligung zweier Mutterunternehmen, wo Gemeinsamkeit auch ohne eine Vereinbarung vorliegen kann (bei FN. 555), eine Kooperation vor. Denn auch in einer solchen Konstellation ist es unerlässlich, dass sich die einzelnen Mütter zumindest konkludent verhalten (Zulassen bzw. Akzeptanz eines weiteren Kontrollverwerbers oder Unterlassen eines eigenen Kontrollverzichts).

⁶⁹⁰ KNÖPFLE, S. 655, rechte Spalte (insb. auch in seiner FN. 18). LOHSE, S. 39, spricht in diesem Zusammenhang von *institutionalisierter* Kooperation.

⁶⁹¹ LOHSE, S. 38. Insb. sowohl Voll- als auch Teilfunktions-Joint Ventures: so auch KNÖPFLE, S. 655, linke Spalte.

derselbe Sachverhalt nicht zwei Kontrollen mit der gleichen Zweckverfolgung unterliegen kann⁶⁹². Die Möglichkeit einer **Doppelkontrolle i.e.S.** wird somit **ausgeschlossen**. Weiterhin offen bleibt die Frage, wie es sich mit der Möglichkeit einer subsidiären Anwendung der Verhaltenskontrolle verhält⁶⁹³.

b. Andere Wettbewerbsbeschränkungen, im Besonderen die Entstehung reiner Kartellorgane

Da jede Joint Venture-Entstehung zentral über den Erwerb gemeinsamer Kontrolle definiert ist und dadurch eine Änderung in der Marktstruktur bewirkt, muss auch im **Erwerb gemeinsamer Kontrolle** das **Abgrenzungskriterium** (bzw. die angesprochene Spezifizierung) gegenüber den anderen Wettbewerbsbeschränkungen (Verhaltensformen) liegen – wie schon generell für die Strukturänderung festgehalten wurde⁶⁹⁴. *Bei Kartellen und missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen wird jeweils bloss die marktbezogene Handlungsfreiheit der Partner unmittelbar beschränkt⁶⁹⁵, während – im Gegensatz zur Joint Venture-Entstehung – sämtliche wirtschaftlich selbständige Einheiten bezüglich ihren bisher bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten unverändert bleiben⁶⁹⁶.* Es geht somit – mangels eines Kontrollerwerbs – keine wirtschaftliche Selbständigkeit verloren. Eine Willensbildung über die bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten ist wie zuvor möglich, *nicht* aber auch das *freie Handeln* gemäss einem unter solchen Umständen zustande gekommenen Willen (Verhaltenshemmung).

Die wirtschaftliche Tätigkeit, *auf welche sich eine erworbene Kontrolle beziehen muss* (Zusammenschluss), konkretisiert sich stets durch marktrelevante Vermögenswerte, sog. **Marktressourcen**, die bei einer Joint Venture-Entstehung auf eine Einheit mit neu gestalteter Willensbildungsbasis **transferiert** werden. Nicht zuletzt deshalb spricht man im Zusammenhang mit entsprechenden Kumulierungen marktrelevanter Ressourcen – wie übrigens bei jeder Strukturänderungsform – gelegentlich auch vom *'Zusammenlegen'* (materialisiertes Vorgehen)⁶⁹⁷. Da eine

⁶⁹² Ablehnung (teilweise) identischer Anwendungsbereiche (fehlende Verhältnismässigkeit): Supra KAPITEL 5: A und bei FN. 445.

⁶⁹³ Vgl. infra KAPITEL 5: D.III und dort insb. auch zur *Problematik der sog. Marktstrukturmissbräuche* (wobei in diesem Zusammenhang der Erwerb gemeinsamer Kontrolle auch als missbräuchliche Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen *verstanden werden kann*. Dabei wird geklärt, *ob* der Kontrollerwerb *tatsächlich* von dieser Verhaltenskontrolle *erfasst* wird).

⁶⁹⁴ Zum ganzen Abschnitt supra KAPITEL 5: B.II.3.

⁶⁹⁵ Explizit beispielsweise BORER, Art. 5 N. 6; LÜDER, S. 55; BGHZ 96, 69, 71: „Beschränkung der Gründerunternehmen in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit“; *KSB/Goulds/Lowara/ITT*, IV/32.363, 12. Dezember 1990, N. 17: „Die beteiligten Unternehmen haben mit den von ihnen geschlossenen Vereinbarungen der Zusammenarbeit zur Forschung, Entwicklung und Auswertung [...] den Vorrang vor einem selbständigen Vorgehen im Wettbewerb gegeben. Darin liegt eine *Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit*“. Vgl. des Weiteren die Verweise unter FN. 502.

⁶⁹⁶ Symptomatisch drückt dies HUBER U., S. 19, wie folgt aus: „*'Getrennt marschieren und vereint schlagen'* ist das, was am Kartell für die Marktgegenseite belastend ist; *'vereint marschieren und getrennt schlagen'* ist keine taugliche Kartellstrategie“.

⁶⁹⁷ Statt vieler: ZURKINDEN, S. 45: „Da *auch* die Fusion im Grunde nichts anderes als eine rechtliche und/oder wirtschaftliche *Zusammenlegung* der Aktivitäten der beteiligten Unternehmen unter eine einheitliche Leitung darstellt, ist das Faktum der *Kontrolle* bzw. deren *Erwerb* das eigentliche *Schlüsselement* des

entsprechende Ressourcentransaktion und die dadurch bewirkte Kumulierung bei den anderen Wettbewerbsbeschränkungen ausbleibt, werden insb. *Kartellvorgänge* demgegenüber bloss als ein 'Zusammenarbeiten' bezeichnet⁶⁹⁸.

Darin grenzt sich die Joint Venture-Entstehung insb. von der Entstehung der **reinen Kartellorgane** ab. Letztere zeichnet sich dadurch aus, dass eine Institution – in der Regel in Form einer *Gesellschaft* – entsteht, in welcher sich die einzelnen Willensausrichtungen einer Mehrzahl von Partnern uniformieren können und wofür es nicht erforderlich ist, dass irgendwelche Marktressourcen übertragen werden; das Kartellorgan dient vielmehr dazu, „**nicht vergemeinschaftete wettbewerbliche Aktivitäten der Partner abzustimmen**“⁶⁹⁹. Bei einem solchen Vorgang findet nur eine Änderung seitens der Willensbildungsbasen statt (eine neue entsteht), *mangels einer Ressourcentransaktion nicht aber auch seitens der bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten*. Im Gegensatz zur Bildung eines schlichten *Unternehmensträgers* wird mit der Entstehung eines Kartellorgans grundsätzlich auch in Zukunft nicht angestrebt, durch diese neue Institution eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben (fehlende Absicht eines internen Wachstums). Damit Fehlt es bei der Gründung eines reinen Kartellorgans an den Voraussetzungen jeglicher Strukturänderung. Regelmässig wird aber die Handlungsfreiheit – über bestehende Aktivitäten – der Partner unmittelbar eingeschränkt, was alleine für die Anwendung der **Kartellkontrolle** spricht. Als Beispiel eines Kartellorgans kann die Vereinigung des Bernischen Mineralölhandels im Entscheid *Richtpreise für Heizöl* angeführt werden⁷⁰⁰.

Kartellorgane sind nur in den *seltensten* Fällen in dieser *reinen* Form anzutreffen. **Typischerweise wird ihre Entstehung durch strukturändernde Vorgänge begleitet**⁷⁰¹. Dies in der Regel mit der *Absicht, das kartellarische Vorhaben zu kaschieren* – und dadurch nicht zuletzt die strengeren Bestimmungen der Verhaltenskontrolle zu umgehen, um von einer grundsätzlich milderen Strukturkontrolle zu profitieren. Als ein repräsentatives Beispiel können die *Mischwerke*⁷⁰² Entscheide genannt werden: Dort wurde ein Kartellorgan gegründet, dem gleichzeitig Einkaufs- und Vertriebsfunktionen übertragen wurden, während die Produktion zuerst unmittelbar, später immerhin noch mittelbar den einzelnen Partnern verblieb⁷⁰³. Im Kartellorgan legten die einzelnen Partner die Preise der

Zusammenschlussbegriffs sowohl der FKVO als auch des KG“. Vgl. auch schon im Konzentrationsmemorandum, S. 341, rechte Spalte („zusammengefasst werden“).

⁶⁹⁸ So beispielsweise: Botschaft 1994, S. 78; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 22 (mit weiteren Termini); *Spitallisten*, RPW 1999/2, S. 220 ff., N. 31; ZÄCH, N. 35.

⁶⁹⁹ EBEL, S. 755, linke Spalte; LOHSE, S. 91 (vgl. auch Dies. S. 77 ff.; die an beiden Stellen von „Instrumentalisierung“ spricht). Ähnlich auch IMMENGA, aGWB, § 1 N. 513; ZIMMER, § 1 N. 411.

⁷⁰⁰ *Richtpreise für Heizöl*, RPW 2002/2, S. 239 ff.

⁷⁰¹ BGHZ 96, 69, 74 spricht von den „klassischen Funktionen eines Kartellorgans“. Vgl. auch den Fall in FN. 350 in fine.

⁷⁰² Die einzelnen Entscheide sind im wesentlichen zusammengefasst im Endentscheid des BGHZ 96, 69. Eine ausführliche Fallbesprechung findet sich u.a. bei LOHSE, S. 201 ff.

⁷⁰³ BGHZ 96, 69, 72, 74 („Indem auf diese Weise die Gesellschafter [der 'OAM alt'] in Wahrheit diese Betriebseinheiten weiterhin *eigenverantwortlich* betrieben, *erhielten sie sich weitgehend die Möglichkeit der Einwirkung*“), 83 f. und insb. 85 ff. („Das Vertragswerk [...] diene dazu, [...] die Produktion [...] zu vereinheitlichen. [...] Dieses Vertragswerk der 'OAM neu' ziele wie die bisherigen Verträge darauf ab, die von Hause aus gegensätzlichen Interessen der Gesellschafter zu koordinieren“).

Produktionsgüter fest, so dass die Produkte „nur mit einem einheitlichen Preis auf den Markt [kamen] und dadurch die Angebotsalternativen für die Nachfrager spürbar beschränkt“ wurden⁷⁰⁴. Unter Betrachtung der hier vorgestellten *neuen Konzeption* werden die Vorgänge, bei welchen die Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses über Marktressourcen erworben wird, wenn überhaupt dann ausschliesslich von der Strukturkontrolle erfasst (unbeachtlich der vordergründigen Bedeutung der Kartellabrede bzw. des Kartellorgans)⁷⁰⁵. Hierzu gehören die *Übergänge* der Einkaufs- und Vertriebsfunktionen (z.B. Kundenstamm und entsprechendes Know-how). Da es weder für den Einkauf noch für den Verkauf erforderlich ist, dass Rohstoffe bzw. Produkte für die einzelnen Partner zu einheitlichen Preisen erworben oder veräussert werden (vgl. dazu auch die *ancillary restraints*-Problematik)⁷⁰⁶, ist auch hier – beim *’unreinen’ Kartellorgan* – die kartellorganische Koordinierung der den jeweiligen Partnern zumindest faktisch verbleibenden Produktion – unvermischt und separat vom Ressourcentransfer – *ausschliesslich durch die Verhaltenskontrolle* zu prüfen⁷⁰⁷. Im Grunde liegt dieselbe Situation vor wie beim zusammengesetzten Sachverhalt⁷⁰⁸ und der später zu behandelnden *Trennung gemäss den Tätigkeitsbereichen*⁷⁰⁹ mit dem Unterschied, dass beim *’unreinen’ Kartellorgan* das (kaschierte) Kartell für die Parteien im Vordergrund steht. Mit diesen Gedanken im Ansatz vereinbar – im Detail aber etwas anders gelöst – wird das deutsche Recht der gezeigten Problematik dadurch mächtig, indem dort grundsätzlich die klassische Doppelkontrolle (*i.w.S.*)⁷¹⁰ zur Anwendung kommt⁷¹¹.

II. Vereinbarkeit mit dem Privileg von Zusammenschlüssen

Im folgenden wird gezeigt, inwiefern der **Erwerb gemeinsamer Kontrolle** vereinbar ist mit den zu Beginn dargestellten relativen Förderungsgedanken der Strukturkontrolle gegenüber der Verhaltenskontrolle (und somit als das *Unterscheidungskriterium* dieser beiden Kontrollarten überhaupt in Frage kommt)⁷¹².

Durch den Vorgang einer jeden Joint Venture-Entstehung werden Marktressourcen auf eine Einheit mit neu gestalteter Willensbildungsbasis transferiert. Der Substanzübergang stellt sicher, dass Partner *transparenter und konsequenter zusammen vorgehen*, als dies bei den anderen Wettbewerbsbeschränkungen der Fall ist. **Transparenter** deshalb, da das Vorgehen durch den Ressourcentransfer

⁷⁰⁴ BGHZ 96, 69, 87 (und 74).

⁷⁰⁵ Infra KAPITEL 5: D.III und KAPITEL 5: D.IV.2.b.aa.

⁷⁰⁶ Infra KAPITEL 6: B.II.

⁷⁰⁷ So sieht beispielsweise auch EBEL, S. 755, linke Spalte, „eine Gesellschaft, die lediglich Produktionsquoten, Verkaufspreise oder ähnliches für die Gesellschafter festlegt“, für die Fusionskontrolle als bedeutungslos an.

⁷⁰⁸ Supra KAPITEL 3: A.

⁷⁰⁹ Infra KAPITEL 6 und dort insb. FN. 893 (im zweiten Abschnitt).

⁷¹⁰ Supra KAPITEL 3: C.

⁷¹¹ BGHZ 96, 69, 73 ff.; IMMENGA, aGWB, § 1 N. 513 f.; ZIMMER, § 1 N. 412 f. Demgegenüber noch anders bei *Bitumen-Verkaufsgesellschaft*, Betriebs-Berater 29/1975, S. 1314; WIEDEMANN, S. 285, rechte Spalte.

⁷¹² Dies einmal davon abgesehen, dass der Erwerb von (gemeinsamer) Kontrolle gemäss Art. 4 Abs. 3 KG als Zusammenschluss zu verstehen ist und damit für dieses Abgrenzungskriterium ex lege dasselbe auch bezüglich den relativen Förderungsgedanken gelten muss (spricht mit diesen *vereinbar* sein muss), wie schon für Zusammenschlüsse als Anwendungsbereich der Strukturkontrolle generell festgestellt (supra KAPITEL 2: D.I).

offengelegt wird. Absprachen und missbräuchliche Verhaltensweisen demgegenüber sind heutzutage sehr oft *geheimgehalten* und nur mühsam aufzuspüren⁷¹³. Allein bereits deshalb rechtfertigt es sich, für letztere Wettbewerbsbeschränkungen zur Abschreckung strengere Massnahmen vorzusehen. Der offengelegte Erwerb gemeinsamer Kontrolle wird somit gegenüber den Verhaltensformen privilegiert.

Konsequenter – und dies auch gegenüber (seltenen) offenen Abreden und missbräuchlichen Verhaltensweisen – ist die Joint Venture-Entstehung darum, da dieser Vorgang durch die Transaktion vergegenständlicht wird und eine eigentliche Konsolidierung stattfindet. Die auf ein demokratisches Organ (in der Regel eine Gesellschaft)⁷¹⁴ übergehende Substanz bildet ein seriöses Fundament des gemeinsamen Vorgehens. Zudem gestaltet sich die Willensbildungsbasis neu. Damit ändert hier stets die Bildungsgrundlage eines kartellrechtlich relevanten Willens bezüglich solchen Marktressourcen; es wird nicht bloss (wie bei den anderen Wettbewerbsbeschränkungen) der Wille eingeschränkt. All dies entspricht dem Gedanken, solche Vorgänge gegenüber den anderen Wettbewerbsbeschränkungen relativ zu fördern: Wenn schon zusammen, dann richtig. Dass der Erwerb gemeinsamer Kontrolle einen konsequenteren Vorgang darstellt als die beiden kartellrechtlichen Verhaltensformen, findet seine Bestätigung nicht zuletzt auch darin, dass die *Rückabwicklung* eines entstandenen Joint Ventures ein heikler und komplexer Vorgang ist, bei dem alle Parteien (und u.U. auch vertrauende Dritte) einiges zu verlieren haben und der nicht immer einfach realisierbar ist⁷¹⁵. Die komplizierte und schwerwiegende Rückabwicklung beim Joint Venture ist mit dem relativen Förderungsgedanken, insb. dem höheren Massstab und den kurzen Fristen bei der Strukturkontrolle insofern vereinbar, als dieser sich aus Gründen der *Verhältnismässigkeit* rechtfertigt⁷¹⁶. Denn bei Abreden und missbräuchlichen Verhaltensweisen ist eine *Rückabwicklung* einiges unproblematischer, da nur eine Beschränkung der Handlungsfreiheit (blosse Verhaltenshemmung) beseitigt werden muss, ohne dass Willensbildungsbasen (also die Bildungsgrundlage eines Willens) bezüglich ihren bisher bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten zu ändern wären. Hier ist ein früheres bzw. tieferes Eingreifen *zumutbar*, im Gegensatz zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle, der schwerwiegendere Änderungen für die beteiligten Unternehmen zeitigt.

Durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle kommt es stets zu einer Ausweitung der Markteinflüsse auf zuvor fremde wirtschaftliche Tätigkeiten (Kumulierung) und

⁷¹³ Zu den Absprachen: STOFFEL, Wettbewerbsabreden, S. 20 f. Gerade deshalb wird zurzeit eine Revision des KG angestrebt (vgl. dazu bereits bei FN. 268).

⁷¹⁴ Dazu schon bei FN 571.

⁷¹⁵ NORDMANN, S. 97. Andeutend: TSCHÄNI, S. 95, rechte Spalte („M.E. wäre insbesondere zu prüfen, ob die Zusammenlegung der Produktionsmittel auf objektiver Grundlage unumstösslich ist oder ob die Mutterunternehmen die vergemeinschaftete Tätigkeit wieder an sich ziehen könnten“); ZÄCH, N. 457. Vgl. zum subsidiären Charakter (ultima ratio) einer Entflechtung bzw. Rückabwicklung gemäss Art. 37 Abs. 4 lit. a KG bei BORER, Art. 37 N. 8; DUCREY, Art. 37 N. 13.

⁷¹⁶ Sinngemäss ZÄCH, N. 457. Vgl. auch ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636, wo sie die Strukturveränderung charakterisiert und als Merkmal u.a. aufführt, dass Joint Ventures nur schwer wieder aufzulösen sind). Siehe auch supra KAPITEL 2: D.II und infra KAPITEL 5: D.III in fine. Zur Entflechtung sind auch Hinweise bei FN. 260 zu finden.

somit zu **externem Wachstum**; Wachstum ist ein Antriebsmittel des Wettbewerbs⁷¹⁷. Für Unternehmen ist dieses ein Zeichen des Erfolgs, eine mehr oder weniger stabile Garantie der Zukunftssicherung und eine Möglichkeit, in *internationalen und offenen Märkten zu bestehen*. Insb. Letzteres ist eine Eigenschaft, die *Kartellen* abgeht⁷¹⁸. Aus Sicht des Wettbewerbs dient das Wachstum einer der zentralen Funktionen des wirksamen Wettbewerbs, nämlich der *Übermachterosion*⁷¹⁹. Jede Joint Venture-Entstehung führt zu einer *Kumulierung* von Marktkräften, durch welche – im Sinne der Chicago-Schule⁷²⁰ – u.U. bestehende marktmächtige Unternehmen erodiert werden können (Dynamisierung eines Marktes). Bei *Missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* sieht die Situation anders aus. Solche Unternehmen stellen selber eine Übermacht dar und werden sich durch ein allfällig missbräuchliches Verhalten kaum je selber erodieren⁷²¹. Das Vorliegen *beider* wettbewerbsbegünstigenden Eigenschaften beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle ist damit vereinbar, dass mit der Privilegierung von Strukturänderungen entsprechende Vorgänge – welche dazu beitragen, die Märkte *dynamischer* zu gestalten und Ausdruck der *Anpassungsfähigkeit schweizerischer Unternehmen an die sich laufend verändernden Rahmenbedingungen* sind – gegenüber Kartellen und missbräuchlichen Verhaltensweisen (wo jeweils gewisse Eigenschaften nicht erfüllt sind) relativ gefördert werden⁷²².

Da nun **alle Joint Venture-Entstehungen** durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle geprägt sind, müssen folgerichtig auch alle in den Genuss der relativen Förderung kommen.

III. Ausschliesslichkeit der Zusammenschlusskontrolle: Keine Subsidiäranwendung der Verhaltenskontrolle

Müssen aber alle Joint Venture-Entstehungen durch die *relative Förderung* der Strukturkontrolle begünstigt werden, so kann dies nichts anderes bedeuten, als dass hiermit die Ausgangsthese bestätigt wird: Alle Joint Venture-Entstehungen werden, **wenn überhaupt, dann ausschliesslich** von der privilegierten Strukturkontrolle erfasst; insb. kommt – wie hier zu zeigen ist – die Verhaltenskontrolle auch subsidiär auf solche Vorgänge nie zur Anwendung⁷²³. Die relativen Förderungsgedanken gelten auch für jene Fälle, wo im Grunde ein Zusammenschluss – wie hier definiert: Erwerb gemeinsamer Kontrolle – vorliegt, der aber nicht von der Strukturkontrolle erfasst wird (also beispielsweise, da eine Aufgreifschwelle nicht erreicht wird). Im Anschluss werden u.a. weitere Indizien angeführt, die diese Schlussfolgerung bestätigen.

⁷¹⁷ Supra KAPITEL 5: B.II.2 und KAPITEL 5: D.I.3.

⁷¹⁸ Sehr wohl aber können *missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen* auch das Bestehen auf internationalen Märkten sichern.

⁷¹⁹ FN. 172.

⁷²⁰ Botschaft 1994, S. 39 f.; ZÄCH, N. 90 ff. m.w.H.

⁷²¹ Demgegenüber kann ein *Kartelle* u.U. eine Übermacht erodieren.

⁷²² Supra KAPITEL 2: D.II; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, AB. 1998 C 66/1, N. 6. Vgl. auch supra KAPITEL 1: C.II.

⁷²³ Supra KAPITEL 4. Zur Ablehnung einer Doppelkontrolle i.e.S. vgl. bereits supra KAPITEL 5: A und KAPITEL 5: B.I.

Im Gegensatz zur hier bereits *abgelehnten parallelen* Kontrollanwendung auf exakt denselben Sachverhalt (keine identischen Anwendungsbereiche der Kontrollen)⁷²⁴ wird die Ansicht einer **subsidiären Anwendung** der Verhaltenskontrolle gegenüber der Strukturkontrolle vermehrt vertreten. Diesfalls sind die Anwendungsbereiche der Kontrollen nur ähnlich, nicht aber identisch⁷²⁵. Dennoch werden dabei auch Strukturänderungsvorgänge von mehreren Kontrollen (insb. auch der Verhaltenskontrolle) erfasst, ohne dass die Kontrollen aber zusammen zur Anwendung kämen. Die erfassten Sachverhalte unterscheiden sich dann nicht durch die Eigenschaft der Strukturänderung (denn der Erwerb gemeinsamer Kontrolle ist Voraussetzung *aller* Joint Ventures), sondern vielmehr durch weitere Erfordernisse wie beispielsweise durch den Umfang ihrer Umsätze; Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang der sog. **Marktstrukturmissbrauch bei der Kontrolle missbräuchlicher Verhaltensweisen dominanter Unternehmen**⁷²⁶. Dabei soll **Art. 7 KG** auch auf *strukturändernde* Vorgänge anwendbar sein, insb. auf solche, wo kleine – das **Aufgreifkriterium nicht erreichende** und darum für die Zusammenschlusskontrolle unbedeutende – Unternehmen durch marktbeherrschende Unternehmen *sukzessive akquiriert* werden⁷²⁷. Diese Ansicht stützt sich durchwegs auf die Überlegungen des in diesem Zusammenhang richtungsweisenden **Continental Can**-Entscheids des EuGH, welchen zufolge sich die Kontrolle gemäss Art. 7 KG „nicht nur auf Verhaltensweisen [bezieht], durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann, sondern auch auf solche, die ihnen *durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs* [...] Schaden zufügen“⁷²⁸.

Einer (subsidiären) Anwendung der Verhaltenskontrolle auf strukturändernde Vorgänge – insb. der Befürwortung einer Marktstrukturmissbrauchserfassung durch Art. 7 KG – ist im schweizerischen Kartellrecht folgendes **entgegenzuhalten**:

Im Vordergrund steht ein Argument im Zusammenhang mit der **Privilegierung**: So wäre es *stossend*, falls *externe Strukturänderungsvorgänge*, welche gerade wegen ihrer *Harmlosigkeit* (z.B. aufgrund tiefer Umsatz- oder Marktanteilswerte) nicht von Art. 9 ff. KG erfasst werden, (subsidiär) unter die *strengere* Verhaltenskontrolle fallen und dadurch ihr Privileg – bezüglich des Beurteilungsmassstabs und der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung – faktisch

⁷²⁴ Supra KAPITEL 5: A.

⁷²⁵ Ein Vergleich mit der Situation bei der parallelen Kontrollanwendung (Doppelkontrolle *i.e.S.*) zeigt, dass bei der subsidiären Kontrollanwendung im Grunde eine *relativierte Form der Doppelkontrolle i.e.S.* vorliegt: Es werden ähnliche (die Unterscheidung besteht v.a. im Erreichen *quantitativer* Schwellenwerte) strukturändernde Sachverhalte auch von mehreren Kontrollen (nie aber gleichzeitig) erfasst.

⁷²⁶ X S.A., RPW 1999/1, S. 180 ff.; MÖSCHEL, S. 763: „Die Kategorie des *Marktstrukturmissbrauchs* könnte Bedeutung in den Fällen erlangen, in welchen die Fusionskontrollverordnung von vornherein keine Anwendung finden kann, *namentlich weil die Aufgreifschwelle des Art. 1 Abs. 2 FKVO nicht erreicht sind*“.

⁷²⁷ DIRKSEN, N. 79 und 191 ff.; MÖSCHEL, S. 761 ff.; ZÄCH, N. 358.

⁷²⁸ EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, N. 18 ff. (v.a. N. 26 i.V.m. N. 20). Der EuGH spricht von 'Verhaltensweisen' durch Eingriff in die Struktur. Damit sind wohlgemerkt Strukturänderungen (als Gegensatz zu den hier verstandenen Verhaltensweisen) gemeint (vgl. dazu auch den *weit verstandenen Verhaltensbegriff*: supra KAPITEL 5: B.I).

verlieren würden⁷²⁹. Eine *zusätzliche* (auch relative) *Förderung gefährlicher* Strukturänderungen gegenüber solchen *ungefährlichen* wäre *paradox* und insoweit nicht nachvollziehbar.

Weiter ist zu beachten, dass bei der letzten grossen KG-Revision die Problematik des Marktstrukturmissbrauchs beruhend auf der Erfahrung des EG-Rechts bereits bestens bekannt war. Dennoch erwähnt die revidierte Bestimmung (Art. 7 KG) explizit lediglich den sog. *Behinderungsmissbrauch* („andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern“) und den sog. *Ausbeutungsmissbrauch* („Marktgegenseite benachteiligen“). Fälle von *Marktstrukturmissbrauch* erwähnt der relativ neue **Gesetzeswortlaut nicht**. Eine explizite Erwähnung hätte sich aber zumindest zur Klarstellung aufgedrängt, wenn eine Erfassung solcher Sachverhalte tatsächlich Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre.

Gegen eine subsidiäre Anwendung der Verhaltenskontrolle auf strukturändernde Vorgänge und für eine spezifische schweizerische Einordnungslösung von Joint Venture-Entstehungen spricht auch die gesetzliche Ausgestaltung der Zusammenschlusskontrolle. Dort stellt insb. **Art. 9 Abs. 4 KG** eine schweizerische Eigenart dar, die es bei der hier zu untersuchenden Thematik zu beachten gilt⁷³⁰. Die Bestimmung enthält ein subsidiäres Aufgreifkriterium, mit welchem nicht zuletzt auch die *sukzessiven Übernahmen* von der Strukturkontrolle erfasst werden⁷³¹. Zwar ist das gewählte Aufgreifkriterium der – gemäss dem KG rechtskräftig festgestellten⁷³² – Marktbeherrschung weniger effizient und konsequent als jenes des Marktanteils (wie noch in Art. 39 des Vorentwurfs vorgesehen war), dennoch werden dadurch KMU gegenüber Grossunternehmen oder auch umsatzarme (oft regionale) Märkte geschützt⁷³³. Für eine Erfassung solcher Sachverhalte durch Art. 7 KG bleibt grundsätzlich kein Platz mehr. Denn auch wenn die Zusammenschlusskontrolle nur solche Fälle zu prüfen hat, bei denen die Marktbeherrschung im Vorfeld festgestellt wird, ist es als politischer Kompromiss des Gesetzgebers hinzunehmen, dass andere Zusammenschlüsse, bei welchen keine Marktbeherrschung im Vorfeld festgestellt wurde, eben als unbedeutend zu verstehen sind (wie klar aus den Verhandlungen bei der Gesetzesentstehung hervorgeht)⁷³⁴. Wenn es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers gewesen wäre, die

⁷²⁹ Vgl. Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 105, und v.a. HUBER G., S. 378. Analoge Wertungsansätze finden sich z.B. auch bei DUCREY, S. 146; IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 10 f., der in diesem Zusammenhang von „Ungleichbehandlung“ spricht. Vgl. sinngemäss auch die weiteren Autoren in FN. 741.

⁷³⁰ Supra KAPITEL 4: A.

⁷³¹ Botschaft 1994, S. 114; BORER, Art. 9 N. 23.

⁷³² Dabei ist nicht entscheidend, ob eine solche Feststellung auf Art. 7 oder 10 KG basiert: MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 663; VENTURI, S. 22; ZÄCH, N. 440.

⁷³³ Botschaft 1994, S. 114; Amtl.Bull. StR, S. 860 f.; DUCREY/DROLSHAMMER, Vorb. Art. 9-11 N. 8 (zum Vorentwurf), 11 und 17, Art. 9 N. 63 ff. MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER, S. 663 f.; VENTURI, S. 23.

⁷³⁴ Repräsentativ für die Auseinandersetzungen bezüglich dieser Bestimmung: Amtl.Bull. StR, S. 860 ff. Vgl. zum Erfordernis der rechtskräftigen Feststellung aber auch die relativierenden Gedanken von TERCIER, S. 792: „De même, peut-on se demander s’il lui serait possible de mener des enquêtes ‘allégées’ sur les marchés pour lesquels la Commission des cartels avait eu l’occasion de rendre une ‘décision’“.

Verhaltenskontrolle subsidiär auf solche strukturändernde Sachverhalte anzuwenden, so hätte dieser die Subsidiärregelung in Art. 9 Abs. 4 KG nicht erlassen.

Flankiert werden diese Gedanken durch **Art. 4 Abs. 3 VKU**. Die Bestimmung regelt die Umsatzberechnung in Situationen, wo *zwischen denselben Unternehmen* innerhalb eines bestimmten Zeitraums mehrere Strukturänderungen stattfinden. Solche *sukzessiven Transaktionen* werden gemäss dieser Bestimmung von der Zusammenschlusskontrolle erfasst, indem ihre Umsätze kumuliert werden, womit Umgehungsversuche der Fusionskontrolle vermieden werden sollen⁷³⁵. Auch diese Relativierung bzw. Ausweitung der Aufgreifschwelen in Art. 9 KG spricht gegen die Ansicht einer subsidiären Anwendbarkeit der Verhaltenskontrolle auf Strukturänderungsvorgänge.

Zu beachten ist auch, dass die **Überlegungen im EG-Recht** betreffend einer Anwendung der Verhaltenskontrolle auf strukturändernde Vorgänge schon darum **nicht** auf das schweizerische Recht zu **übertragen** sind, da in beiden Rechtsordnungen *unterschiedliche Normhierarchien* herrschen. Während in der *Schweiz die sedes materiae aller Kontrollen auf derselben Gesetzesebene* geregelt ist, wird im europäischen Recht die sedes materiae der Strukturkontrolle auf Verordnungsebene und die sedes materiae der Verhaltenskontrolle direkt im EGV geregelt. Dem EGV als *primäres Gemeinschaftsrecht* kommt in der EU **Vorrangwirkung** gegenüber dem Verordnungsrecht (sekundäres Gemeinschaftsrecht) zu; diese Vorrangwirkung beeinflusst insb. auch die europarechtlichen Überlegungen zur Erfassung von Strukturänderungen, die nicht *tel quel* auf die schweizerische Rechtsordnung übertragen werden können⁷³⁶.

Hinzu kommt, dass die in diesem Zusammenhang bedeutende *Continental Can-Doktrin* aus einer Zeit stammt, als in der EU noch *keine Fusionskontrolle* vorhanden war. Dieser unterschiedliche Umstand ist nicht zu vernachlässigen. V.a. ist dieser EuGH-Entscheid bei der Betrachtung des schweizerischen Rechts nicht einfach zu übernehmen. Die aktuelle Rechtslage ist mit einer solchen Ausdehnung der Verhaltenskontrolle nicht vereinbar. Konkret wurde der Missbrauchs begriff erheblich überinterpretiert⁷³⁷. Entsprechend wies denn auch der **schweizerische Gesetzgeber** bei der Einführung der Zusammenschlusskontrolle auf folgendes hin: „Mit der *Einführung einer Fusionskontrolle* wird nicht zuletzt auch *verhindert*, dass die (verschärften) Bestimmungen über Wettbewerbsabreden durch Zusammenschlüsse und zusammenschlussartige Tatbestände *umgangen* werden, was im Ausland zeitweise dazu geführt hat, dass die Verhaltenskontrolle (eigentliches Kartellrecht) in

⁷³⁵ BORER, Art. 9 N. 10; SCHERRER, S. 32 und 334 f.; VENTURI, S. 19 f.

⁷³⁶ IMMENGA, S. 941; MÖSCHEL, S. 762; SCHERRER, S. 16 m.w.H. Die alte Fassung von Art. 22 Abs. 1 FKVO – der zufolge Zusammenschlüsse nur von der Fusionskontrolle erfasst und somit die Anwendung der Verhaltensbestimmungen auf solche Sachverhalte ausgeschlossen werden sollte – war insb. wegen der Vorrangwirkung gegenstandslos und wurde sodann mit der letzten Revision klarstellenderweise korrigiert (MÖSCHEL, S. 762; REHBINDER E., S. 120 f.; SCHERRER, S. 16 m.w.H.). Nichtsdestotrotz ist zu beachten, dass dennoch auch in der europäischen „Literatur und Praxis [...] eine Anwendung von Art. 86 EG-V auf Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO unterhalb der Schwellenwerte abgelehnt“ wird (so zu finden bei FUNKE, S. 81).

⁷³⁷ EuGH vom 21. Februar 1973, *Continental Can*, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, N. 26.

*systemwidriger Weise in Richtung Strukturkontrolle (Fusionsrecht) ausgeweitet wurde*⁷³⁸. Mit anderen Worten wurde die Zusammenschlusskontrolle gerade darum eingeführt, um Lösungen wie im Continental Can-Entscheid zu verhindern. Zumindest aus schweizerischer Sicht kann somit gesagt werden, dass sich die vom Gesetzgeber als systemwidrig bezeichnete Continental Can-Doktrin „erledigt“ hat⁷³⁹.

Das Fehlen einer expliziten Erwähnung strukturändernder Vorgänge im Wortlaut des Art. 7 KG könnte gemäss all diesen Überlegungen als *qualifiziertes Schweigen* gewertet werden. Bedenkt man, dass ein Zusammenschluss auch als eine Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen verstanden werden kann (diesfalls der Zusammenschluss *eigentlich* vom Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch erfasst wird), so findet an dieser Stelle, dogmatisch betrachtet, eine **teleologische Reduktion** des Anwendungsbereichs von Art. 7 KG statt, der zufolge keine Zusammenschlüsse (also auch keine Joint Venture-Entstehungen) unter diese Verhaltenskontrolle fallen⁷⁴⁰.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass diese Darstellungen *nicht nur für die Kontrolle gemäss Art. 7 KG* sondern sinngemäss auch für die hier bewusst vernachlässigte **Kartellkontrolle** – und somit für alle Verhaltenskontrollen – gelten. Eine subsidiäre Anwendung der Kartellkontrolle auf strukturändernde Vorgänge, bei denen die **Schwellenwerte der Zusammenschlusskontrolle nicht erreicht werden**, ist genauso abzulehnen⁷⁴¹. Dies bestätigen auch die Gedanken der kritischen – und ähnlich wie soeben bei Art. 7 KG argumentierenden – Lehre zum **Philip Morris-Entscheid**⁷⁴² (kritisch ist die Lehre nur insofern, als der EuGH in diesem Entscheid tatsächlich strukturändernde Vorgänge unter den damaligen Art. 85 EGV

⁷³⁸ Botschaft 1994, S. 53.

⁷³⁹ Dies vertritt auch NORDMANN, S. 84 ff., und SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 722, linke Spalte, im Zusammenhang mit dem EG-Recht. Beide wollen die Verhaltenskontrolle immerhin auf sog. *'aggressive Unternehmenszusammenschlüsse'* angewendet wissen. Dabei wird die Position eines marktbeherrschenden Unternehmens dazu eingesetzt, ein anderes Unternehmen *missbräuchlich* zum Zusammenschluss zu bewegen (vgl. auch bei MÖSCHEL, S. 764). Geprüft wird dabei aber lediglich das Marktverhalten, weshalb somit keine Strukturkontrolle stattfindet (NORDMANN, S. 85 f. und 165; SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 722, linke Spalte, und S. 725, rechte Spalte). Vgl. zur Rechtsfolgenunterstellung im Zusammenhang mit aggressiven Unternehmenszusammenschlüssen: infra KAPITEL 6: A.II.2.

⁷⁴⁰ Zum Ganzen schon supra KAPITEL 5: B.I.

⁷⁴¹ DROLSHAMMER, S. 93 („Die Erfüllung der Voraussetzungen des Zusammenschlusstatbestandes nach Art. 4 Abs. 3 KG verhindert, dass ein nicht meldepflichtiger Zusammenschluss der Kartellaufsicht nach Art. 5 KG unterliegt“); DUCREY, S. 136 und 146; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 9 N. 3; HOFFET, Art. 5 N. 137 („Werden die Schwellenwerte nicht erreicht, so gilt trotzdem das 'Konzentrationsprivileg' und die Kooperation ist nicht unter Art. 5 KG zu beurteilen“); KLEINMANN, S. 609, rechte Spalte; a.M. (jedoch zum EG-Recht:) IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 10. Vgl. in genereller Hinsicht auch den Entscheid des EuGH vom 12. Januar 1995, *Viho Europe BV/Kommission*, Rs. T-102/92, Slg. 1995, II-17, N. 54: „Es ist nicht zulässig, unter dem Vorwand, bestimmte Verhaltensweisen wie die von der Klägerin gerügten könnten der Anwendung der Wettbewerbsregeln entgehen, Artikel 85 zu verfälschen, um eine etwaige Lücke in der im Vertrag vorgesehenen Kontrolle zu schliessen“ (Zwar wurde dies im Zusammenhang mit der Frage nach der Erfassung von internen Verhaltensweisen innerhalb eines Konzerns festgestellt. Die Feststellung gilt jedoch *sinngemäss* auch für die hier behandelte Problematik).

⁷⁴² EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487 ff.

subsumieren wollte)⁷⁴³, welchen zufolge aus der Kontrolle gemäss Art. 5 KG keine – subsidiäre – Fusionskontrolle abgeleitet werden kann⁷⁴⁴.

Mit der Ablehnung einer subsidiären Anwendung der Verhaltenskontrolle auf Strukturänderungen wird der bereits festgehaltene Grundsatz, dass keine (teilweise) identischen Anwendungsbereiche der Kontrollen bestehen, *ergänzt*. Zusammenschlüsse im Sinne der Strukturkontrolle – wie die Joint Venture-Entstehung – werden nie von einer Verhaltenskontrolle erfasst. Dadurch wird die **Ausschliesslichkeit** der neuen Einordnungskonzeption bekräftigt. Joint Venture-Entstehungen, welche die Schwellenwerte der Zusammenschlusskontrolle nicht erreichen, werden somit vom KG nicht aufgegriffen und sind als *systemkonform* zu verstehen⁷⁴⁵. Dies entspricht im Übrigen auch der gesetzlichen Ausgestaltung, wonach der Vorgang einer Joint Venture-Entstehung *ausschliesslich* bei der Zusammenschlusskontrolle erwähnt wird⁷⁴⁶.

Eine entscheidende Konsequenz der ausschliesslichen Anwendung der Strukturkontrolle auf Joint Venture-Entstehungen ist die damit einher gehende **Rechtssicherheit**, die sich aus den klar geregelten Fristen beim Verfahren der Strukturkontrolle herleitet⁷⁴⁷. Damit werden u.a. auch die typischen *Nachteile für Dritte* – insb. der Vertrauensverlust von Gläubigern in den Bestand eines Unternehmens⁷⁴⁸ – (nebst jenen Nachteilen für die am Zusammenschluss direkt Beteiligten)⁷⁴⁹ verringert oder sogar *vermieden*, die aus einer späteren *Auflösung* von zuvor zusammengeschlossenen Unternehmen hervorgehen können⁷⁵⁰. Es lässt sich folglich eine Vereinbarkeit der neuen Einordnungskonzeption mit der kartellrechtlichen *Regelung der Fristen* und somit mit dem relativen Förderungsgedanken bei Zusammenschlüssen feststellen⁷⁵¹.

IV. Bedeutung des Vollfunktionskriteriums unter der neuen Konzeption

Offen geblieben ist noch die Frage, was das Vollfunktionskriterium bzw. die Unterscheidung Voll- und Teilfunktions-Joint Venture unter der neuen Konzeption für eine Bedeutung einnimmt. Da damit, wie bereits festgehalten⁷⁵², keine Zweiteilung

⁷⁴³ Entsprechende Gedanken finden sich bei SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 723, linke Spalte. Vgl. auch EMMERICH, S. 283 f.; LÜDER, S. 74 f. („Der Erwerb der Kapitalbeteiligung selbst ist folglich nicht der Anknüpfungspunkt der Kartellkontrolle“); EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487, N. 36 ff. Siehe des Weiteren KAPITEL 3: D.

⁷⁴⁴ NORDMANN, S. 69 f.; SCHERRER, S. 16 ff. Im Zusammenhang mit den Joint Ventures ist dies schon darum richtig, da die Mutterunternehmen bezüglich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Joint Ventures voneinander nicht selbständig sind; für die Kartellkontrolle ist aber entscheidend, dass die Partnerunternehmen voneinander auch nach dem Vorgang unabhängig bleiben (*JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 32).

⁷⁴⁵ Zu den systemkonformen Wettbewerbsbeschränkungen vgl. schon supra KAPITEL 5: B.I.

⁷⁴⁶ Art. 4 Abs. 3 lit. b KG: „mehrere Unternehmen [...] Kontrolle [...] erlangen“.

⁷⁴⁷ MÖSCHEL, S. 763. Zum Ganzen: supra KAPITEL 2: B.II.

⁷⁴⁸ Supra KAPITEL 2: B.II.

⁷⁴⁹ Dazu näheres bei FN. 716.

⁷⁵⁰ Demgegenüber löst ein entsprechender Auflösungsvorgang z.B. von Abreden für *Drittbetroffene* primär Vorteile – Wiedererlangung von Freiheiten – aus.

⁷⁵¹ Vgl. dazu auch die komplementären Gedanken bei FN. 851.

⁷⁵² Supra KAPITEL 5: C.

gemeint sein kann, welche für die Differenzierung zwischen dem Anwendungsbereich der Strukturkontrolle und jenem der Verhaltenskontrolle steht, kommt nur eine Bedeutung **innerhalb derselben Kontrolle** – in concreto der Strukturkontrolle – in Frage (Folge der Ausschliesslichkeit).

Das Vollfunktionskriterium findet sich im schweizerischen Kartellrecht in Art. 2 VKU. Demzufolge wird verlangt, dass ein Joint Venture „*auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit*“ erfüllen muss, um als vollfunktionsfähig zu gelten⁷⁵³. Unklar ist dabei v.a., wie die *Selbständigkeit*, genauer was unter der „*selbständigen wirtschaftlichen Einheit*“ zu verstehen ist:

1. Autonomieverständnis

Ein Teil der Lehre **unterlässt** es vollständig, diesen Selbständigkeitsbegriff ausdrücklich und klar von der **bereits kennengelernten wirtschaftlichen Selbständigkeit** – *welche alle kartellrechtlichen Gesetzesadressaten gleichermassen charakterisiert und mit der die unabhängigen Unternehmen gemeint sind, die selber nicht mehr von weiteren Einheiten kontrolliert werden* (der Klarheit halber wird eine solche Selbständigkeit in diesem Teil wo immer möglich als 'Unabhängigkeit' bezeichnet)⁷⁵⁴ – **zu unterscheiden** und verwendet für beides (zumindest) denselben Terminus (wenn nicht sogar denselben Gehalt)⁷⁵⁵.

Ein anderer Teil der Lehre nimmt zwar eine solche **Unterscheidung** vor und stellt fest, dass das Joint Venture wegen der bestehenden Kontrolle (bzw. dem damit gegebenen bestimmenden Einfluss der Gründerunternehmen über dieses) abhängig sei und damit an sich Selbständigkeit ausgeschlossen werde, weshalb die entscheidende Frage eigentlich sei, wie unter den Bedingungen einer derartigen Abhängigkeit irgendeine Selbständigkeit eines Joint Ventures noch gegeben sein könne⁷⁵⁶. Die Begründung erfolgt nun aber auf unbefriedigende Weise, indem das eine Selbständigkeitsverständnis das andere aushebelt: So führt das Dilemma mit der

⁷⁵³ FN. 512.

⁷⁵⁴ Mit diesem Selbständigkeitsverständnis wird insb. in (supra) KAPITEL 5: B.II und KAPITEL 5: D.I gearbeitet, wie denn auch in Art. 4 Abs. 3 KG.

⁷⁵⁵ So bei DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 90 („Die Abhängigkeit der Unternehmen beurteilt sich dabei nicht nach der juristischen [...] sondern nach der *wirtschaftlichen Selbständigkeit*“) und 128 („Sofern das GU von den Müttern dabei aber *'at arm's length'* behandelt wird und das GU über eine gewisse *unternehmerische Freiheit* verfügt, ist die geforderte *Selbständigkeit* in der Regel gegeben“). Zum *arm's-length* Ausdruck vgl. auch schon bei FN. 123: Demzufolge ist darunter zu verstehen, dass Marktbeteiligte einander auf rein geschäftlicher Basis wie beliebigen Drittunternehmen gegenüberstehen [entsprechend auch *Diax – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 19]), ZURKINDEN, S. 54. Letzterer bezeichnet lediglich die sog. kooperativen Joint Ventures als wirtschaftlich unselbständig ('Selbständigkeit' versteht der Autor an dieser Stelle im Sinne von kartellrechtlich relevanten Unternehmen). Richtigerweise gilt dies aber für *alle* Joint Ventures: Sie sind *nie selbständige Unternehmen* (näheres supra KAPITEL 5: D.I.3.a).

⁷⁵⁶ IMMENGA, S. 941 ff.; LOHSE, Gemeinschaftsunternehmen, S. 181 ff.; ZÄCH, N. 422 (dieser unterscheidet zwischen marktbezogener und gründerbezogener Selbständigkeit). Vgl. auch die EU-Kommission im Entscheid *Thyssen/Balzer*, IV/M.365, 7. Oktober 1993, N. 6 f. (ergänzendes zur EU-Kommission bei ZURKINDEN, S. 90: „Die Kommission macht demnach in den 'industrial leadership'-Fällen einen nirgends näher erklärten Unterschied zwischen der Autonomie, welche für das Kriterium der selbständigen wirtschaftlichen Einheit verlangt wird, und der Selbständigkeit von Unternehmen, welche für die Erfüllung des Koordinierungstatbestandes in Artikel 85 EGV erforderlich ist“)

Selbständigkeit beispielsweise IMMENGA zu folgender Behauptung: „Kontrollmöglichkeiten werden auch durch vertragliche Zustimmungs- oder Vetorechte eingeräumt. *Kontrolle* [und damit Abhängigkeit verstanden als Gegenstück zur bis anhin bekannten wirtschaftlichen Selbständigkeit] *ist daher auch unabhängig von einem Einwirken* auf das unternehmerische Verhalten *gegeben*. Das kommt in dem Text der FKVO zum Ausdruck, wenn die Kontrolle als *Möglichkeit* beschrieben wird, bestimmenden Einfluss auszuüben. Kontrolle beruht daher im wesentlichen auf gesellschaftsrechtlichen oder vertraglichen Elementen“⁷⁵⁷. Da die Ausübung eines Vetorechts immer auf das unternehmerische Verhalten einwirkt⁷⁵⁸, kann eine solche Argumentation nur so verstanden werden, dass das Vetorecht tatsächlich nie eingesetzt und somit von der ‚Kontrollmöglichkeit‘ *faktisch nie Gebrauch gemacht werden darf*. Dadurch wird das bisherige Unabhängigkeitsverständnis (zugunsten eines erweiterten Kontrollbegriffs) eingengt, um die Koexistenz der hier zu untersuchenden Selbständigkeit zu ermöglichen. Insoweit macht das bisherige Unabhängigkeitsverständnis der hier zu untersuchenden Selbständigkeit Platz. Diesbezüglich **widerspricht** IMMENGA seinen eigenen Feststellungen bezüglich der (von ihm im Vorfeld enger aufgefassten) Kontrolle: „*Zentrales Element der Definition von Kontrolle [...] ist der bestimmende Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens. [...] Es genügt die Möglichkeit, die wesentlichen unternehmerischen bzw. strategischen Entscheidungen zu bestimmen [...].* Schliesslich muss der bestimmende Einfluss nicht durch einen gesellschaftsrechtlichen Bezug vermittelt sein, sondern es kommt auf die *faktische wirtschaftliche Möglichkeit der Unternehmenssteuerung* an“⁷⁵⁹.

Eine solche gegensätzliche Darstellung verwässert in schwerwiegender Weise den Kontrollbegriff. Aber auch der Verzicht auf eine Unterscheidung dieser Selbständigkeiten (wie bei der ersten Lehrmeinung) kann nicht die Lösung sein. Denn eine solche Betrachtungsweise läuft Gefahr, den Selbständigkeitskonflikt zu ignorieren oder zumindest zu kaschieren und somit Verwechslungen zu bewirken. Zudem ist beides mit der – im Rahmen der neuen Einordnungskonzeption erbrachten – Feststellung, dass Joint Ventures nie selbständig sein können, nicht vereinbar⁷⁶⁰. Die **mit der neuen Konzeption vereinbare Lösung** des Selbständigkeitsverständnisses ist irgendwo *zwischen diesen beiden Ansätzen* angesiedelt:

Weder aus den kartellrechtlichen Bestimmungen noch aus den Materialien geht hervor, dass der Ordnungsgeber tatsächlich einen abweichenden Inhalt vorsehen wollte. Es ist davon auszugehen, dass es **nur eine wirtschaftliche Selbständigkeit** gibt, die für das KG (beispielsweise in Art. 4 Abs. 3: „unabhängige Unternehmen“) und die VKU von Bedeutung ist, und zwar jene, bei der auch spontane antinomische Willensausrichtungen untergehen können. Denn das Wettbewerbsrecht hat zum Zweck, (wirksamen) Wettbewerb zu schützen, dessen Grundlage entsprechende Willensausrichtungen sind⁷⁶¹. Dahinter verbirgt sich wiederum die eigentliche

⁷⁵⁷ IMMENGA, S. 943. Vgl. auch bei LOHSE, Gemeinschaftsunternehmen, S. 181 ff.

⁷⁵⁸ Dazu supra KAPITEL 5: D.I.1 und KAPITEL 5: D.I.3.

⁷⁵⁹ IMMENGA, S. 926.

⁷⁶⁰ Supra KAPITEL 5: D.I.3.

⁷⁶¹ Supra KAPITEL 2: A.I.

Triebfeder des Wettbewerbs, die im *Willen* der Konkurrenten liegt, sich untereinander auszustecken, um die Gunst der Marktgegenseite zu erringen⁷⁶². Wettbewerb kann nur dort geschützt werden, wo dieser überhaupt erst entstehen kann; also sicherlich nicht zwischen einem bestehenden Joint Venture und seinen einzelnen Müttern, wo sich nie *spontane* antinomische Willensausrichtungen bilden können⁷⁶³. So verstanden ist die wirtschaftliche Selbständigkeit bzw. die selbständige wirtschaftliche Einheit in Art. 2 VKU gleich zu begreifen wie jene im Schrifttum zum KG (keine Unterscheidung)⁷⁶⁴. *Insoweit ist ersterer Ansicht*⁷⁶⁵ *beizupflichten* (sofern diese tatsächlich konsequent denselben Gehalt für beide Selbständigkeitstermini vorsieht).

Wegen des mangelnden (echten) Wettbewerbs in der Beziehung zwischen Joint Venture und den einzelnen Müttern bzw. dem dort herrschenden Kontrollverhältnis ist aber auch klar, dass eine so verstandene Selbständigkeit das Joint Venture nicht wirklich prägen kann, wie schon letzterer⁷⁶⁶ der beiden Ansichten zu entnehmen ist. Vielmehr ist die Wendung 'selbständige wirtschaftliche Einheit' in Art. 2 VKU lediglich als eine ergänzende **Eigenschaftsumschreibung der Funktionen** zu interpretieren. Die Wendung nimmt keinen direkten Bezug auf das Joint Venture selbst, sondern lediglich auf seine Tätigkeitsfunktionen⁷⁶⁷. Der Verordnungstext könnte zum besseren Verständnis mit folgendem Zusatz ergänzt werden: 'alle Funktionen **wie** eine selbständige wirtschaftliche Einheit erfüllt'. Dadurch wird im Grunde ein **Vergleich** der Funktionen des Joint Ventures mit jenen Funktionen echt unabhängiger und somit selbständiger Unternehmen eines bestimmten Marktes gezogen. Daraus soll ersichtlich werden, welche Funktionen das Joint Venture braucht, um nach *aussen* – und somit nicht gegenüber seinen Mutterunternehmen – als vollwertiger Wettbewerber zu gelten. Dies entspricht auch der bereits angeführten Unterscheidungsweise zwischen einem Voll- und einem Teilfunktions-Joint Venture⁷⁶⁸. Nichts ändert sich jedoch im Innenverhältnis: Auch ein Vollfunktions-Joint Venture wird definitionsgetreu von den Mutterunternehmen *kontrolliert und bleibt wirtschaftlich unselbständig*. So ist beispielsweise eine Tochtergesellschaft eines Konzerns auch dann von der Konzernleitung (welche die Möglichkeit hat, diese zu kontrollieren) abhängig, wenn sie alle Funktionen inne hat. Bei der Frage nach der kartellrechtlichen Selbständigkeit spielt es primär keine Rolle, wie viele Funktionen einem Unternehmen zukommen, sondern nur, ob es kontrolliert wird oder nicht. Insofern als die Unabhängigkeit das Joint Venture nie charakterisieren kann und die Erwähnung der Selbständigkeit sich bloss als eine Aufforderung zu einem Vergleich herausstellt (diesbezüglich also eine *unterschiedliche* Stellung einnimmt als im übrigen Kartellrecht), ist auch *letzterer Ansicht*⁷⁶⁹ *zuzustimmen*. Gleichzeitig erübrigt sich,

⁷⁶² AMSTUTZ, S. 885. Vgl. auch schon FN. 175.

⁷⁶³ Vgl. bei FN. 652.

⁷⁶⁴ Dazu das Schrifttum unter den Verweisen in FN. 754.

⁷⁶⁵ FN. 754.

⁷⁶⁶ FN. 756.

⁷⁶⁷ Zur operativen Autonomie: infra KAPITEL 5: D.IV.2.b.cc.

⁷⁶⁸ Näheres bei FN. 516. Sobald ein Joint Venture mit denselben Tätigkeitsfunktionen ausgestattet ist wie selbständige Unternehmen auf einem bestimmten Markt, handelt es sich um ein Vollfunktions-Joint Venture. Vgl. auch das Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 99 (in der dortigen FN. 25).

⁷⁶⁹ FN. 756.

wegen der hier einheitlich verstandenen Selbständigkeit, die Suche nach einer weiteren Selbstständigkeitsdefinition, was Unsicherheiten herbeiführen würde.

2. Bedeutung der Funktionen

a. Zentrale Gedanken

Da sich die (einen Vergleich hervorruhende) 'Selbständigkeit' in Art. 2 VKU nur auf die **Funktionen** bezieht, spielt sich die ganze Problematik des Vollfunktionskriteriums im Bereich der **wirtschaftlichen Tätigkeit** ab. Nichts wird über die *wirtschaftliche* Unabhängigkeit ausgesagt. Für diese ist es unbedeutend, ob ein Joint Venture voll- oder bloss teilfunktionsfähig ist. Sie bleibt in beiden Fällen unverändert. Das Unterscheidungskriterium zwischen Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures ist – im Gegensatz zum Erwerb gemeinsamer Kontrolle – aus dieser Sicht nicht geeignet, die Strukturkontrolle von der Verhaltenskontrolle abzugrenzen. Denn Joint Venture-Entstehungen sind, wie gesehen, gerade dadurch geprägt, dass die *wirtschaftliche* Unabhängigkeit ändert⁷⁷⁰.

Das **Vollfunktionskriterium** ist eine Eigenschaftsumschreibung von Joint Ventures, ab wann deren Entstehung für den Markt (gegen *aussen* also) – gestützt auf das Ausmass ihrer wirtschaftlichen Tätigkeiten – eine realistische **Gefahr** darstellen. „Nur bei Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen wird die **Frage einer allenfalls schädlichen Strukturveränderung**, welche mit den Vorschriften über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen *verhindert werden soll, überhaupt relevant*“⁷⁷¹. Denn durch die Funktionen, wie sie auch Konkurrenten auf einem Markt zukommen, wird dem Joint Venture der **notige Zugang zum Markt** verschafft⁷⁷². Dadurch wird das Joint Venture erst fähig, sich am „Kampf um Marktanteile“ zu beteiligen⁷⁷³. Es *nimmt* somit *aktiv* am Wettbewerbsprozess *teil* und „ist imstande, jene Art von autologischen Verfälschungen zu erzeugen, die den Grund für eine Kartellgesetzgebung setzen“⁷⁷⁴. Fehlt dem Joint Venture dieser Zugang, so kommen ihm ex lege lediglich *Hilfsfunktionen* zu (Teilfunktions-Joint Venture). Übt das Joint Venture bloss Hilfsfunktionen aus, kann alleine auf Grund von solchen (die Hauptfunktionen der Gründerunternehmen) ergänzenden Tätigkeiten noch keine ernsthafte Gefahr für den wirksamen Wettbewerb entstehen. Allfällige Gefahren, die im Zusammenhang mit einer solchen Konstellation dem Markt drohen, sind dann stets einem der die Haupt- bzw. Kernfunktionen ausübenden Mutterunternehmen zuzuschreiben. Das Vollfunktionskriterium ist somit im Sinne eines **Schwellenwertes innerhalb der Strukturkontrolle** zu verstehen. Es drückt das Gefahrenpotential aus, das einer Joint Venture-Entstehung innewohnt. Das Kriterium *konkretisiert den Ressourcentransfer*

⁷⁷⁰ Supra KAPITEL 5: D.I.2.b.

⁷⁷¹ BORER, Art. 4 N. 45.

⁷⁷² Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 13; DUCREY, S. 137; DUCREY/DROLHAMMER, Art. 4 N. 127; ZÄCH, N. 422.

⁷⁷³ Botschaft 1994, S. 102: „Zudem ist Wettbewerb letztlich immer ein Kampf um Marktanteile“.

⁷⁷⁴ AMSTUTZ, S. 885, linke Spalte; vgl. schon bei FN. 465 (Die nebst der aktiven Marktbeteiligung vorausgesetzte Selbständigkeit wird hier ersetzt durch den *Konsens* der Mutterunternehmen, von welchen das Joint Venture abhängt. Darum liegt eine selbständige wirtschaftliche Einheit betreffend der wirtschaftlichen Tätigkeit des Joint Ventures erst zusammen mit den Müttern vor: Vgl. bei FN. 622).

bzw. die Gefahr, welche aus einem solchen Transfer für den Markt hervorgehen kann. Der Ressourcentransfer, aus dem lediglich ein *Teilfunktions-Joint Venture* hervorgeht, ist (wegen nicht Erreichens des Schwellenwertes) generell als *unbedenklich* und für den Markt als ungefährlich einzustufen.

b. Weitere Substantiierung

Für eine solche Auffassung des Vollfunktionskriteriums – und damit insb. auch für die Auffassung, dass das Vollfunktionskriterium für die Abgrenzung der Strukturkontrolle von der Verhaltenskontrolle nicht bedeutsam ist – sprechen des Weiteren folgende Überlegungen:

aa. Unbedenkliche Teilfunktions-Joint Ventures

Dass Strukturänderungen (und nur diese)⁷⁷⁵, aus denen Teilfunktions-Joint Ventures hervorgehen, unbedenklich sind, stützen auch die anschliessenden Überlegungen.

Die Entstehung von Teilfunktions-Joint Ventures ist ein transparentes und konsequentes gemeinsames Vorgehen, deren Rückabwicklung mit enormen Komplikationen verbunden ist. Auch handelt es sich bei diesem Vorgang um externes Wachstum (Erwerb gemeinsamer Kontrolle). Mögliche daraus hervorgehende Synergien können dazu führen, dass das Bestehen auf internationalen und offenen Märkten vereinfacht oder überhaupt erst ermöglicht wird (bei weitem aber wirken sich nicht alle Teilfunktions-Joint Ventures immer vorteilhaft auf die Mutterunternehmen aus – genauso wenig wie dies bei allen Vollfunktions-Joint Ventures der Fall ist). Zudem kann das Wachstum dominante Unternehmen erodieren. Ergo ist auch die Entstehung von Teilfunktions-Joint Ventures Ausdruck der Anpassungsfähigkeit schweizerischer Unternehmen an die sich laufend verändernden Rahmenbedingungen von Märkten. Hinzu kommt, dass Teilfunktionsvorhaben darüberhinaus als mildere und somit verhältnismässige Mittel gegenüber Vollfunktionsvorhaben zu betrachten sind⁷⁷⁶. Der Vorgang ist gemäss all diesen Eigenschaften mit dem **relativen Förderungsgedanken genauso vereinbar**, wie dies generell schon für den Erwerb gemeinsamer Kontrolle festgehalten ist⁷⁷⁷. Schliesslich wird auch jede *Entstehung* von Teilfunktions-Joint Ventures über den Erwerb gemeinsamer Kontrolle definiert und stellt deshalb stets eine Strukturänderung dar⁷⁷⁸. Es wäre – entsprechend den Gedanken zur Ablehnung einer subsidiären Anwendung der Verhaltenskontrolle auf Joint Ventures⁷⁷⁹ – geradezu *paradox*, wenn förderungswürdige gemeinsame

⁷⁷⁵ Vgl. wie über die Strukturänderung hinausgehende Vorgänge von anderen Kontrollen erfasst werden: supra KAPITEL 3 und infra KAPITEL 6.

⁷⁷⁶ Dieser Gedanke folgt jenen zur Motivation der Gründerunternehmen analog, sich vor einer vollständigen Übernahme auf einer harmloseren Stufe zusammenzuschliessen, weshalb ein Teilfunktionsvorhaben durchaus einen Beitrag zur Risiko- und Kostenteilung der Mutterunternehmen leisten kann (supra KAPITEL 1: C.I).

⁷⁷⁷ Zum ganzen Abschnitt supra KAPITEL 5: D.II. Siehe speziell auch bei SCHERF, S. 257, rechte Spalte.

⁷⁷⁸ Dazu insb. schon supra KAPITEL 5: D.II in fine. BORER, S. 878, linke Spalte; LÜDER, S. 20; VONSTOEPHASIUS, N. 55 (vgl. ergänzend auch FN. 683).

⁷⁷⁹ Supra KAPITEL 5: D.III.

Teilfunktionsvorhaben wegen ihrer fehlenden Gefahr von der strengeren Verhaltenskontrolle erfasst würden, während die grundsätzlich als gefährlich geltenden Entstehungen von Vollfunktions-Joint Ventures unter die privilegierte Strukturkontrolle fallen. Zur entsprechenden *Ablehnung einer Subsidiäranwendung kann Folgendes ergänzend nachgetragen werden*: Nebst dem dort beispielhaft gezeigten Umsatz- und dem Marktanteilskriterium schliesst auch das Vollfunktionskriterium verstanden als Schwellenwert eine subsidiäre Anwendung der Verhaltenskontrolle aus.

Des weiteren ist folgendes zu beachten: Selbst im **EG-Recht**, wo heute eine kartellrechtliche Trennung nach Voll- und Teilfunktionen stattfindet, werden immer häufiger ernst zunehmende Forderungen laut, bestimmte Vorgänge, aus denen Teilfunktions-Joint Ventures resultieren, unter die relativ geförderte Strukturkontrolle zu stellen. Besonders gewichtig ist dabei die Aussage der EU-Kommission in ihrem erstellten Weissbuch zur Anwendung der Verhaltenskontrolle: Es „ist geplant, den *Anwendungsbereich* dieser Verordnung [gemeint ist die *FKVO*] auf die vorgenannten *Teilfunktionsgemeinschaftsunternehmen* [...] *auszudehnen*“⁷⁸⁰. Entsprechende Forderungen sind für die Bedeutung des Vollfunktionskriteriums um so gravierender, als vor der letzten grossen Kartellrechtsrevision in der EU unter dem Aspekt der sog. Trennungstheorie (konzentrierte und kooperative Joint Ventures) gerade umgekehrt z.T. auch Vollfunktionsvorgänge (aus welchen sog. kooperative Vollfunktions-Joint Ventures hervorgehen) von der Verhaltenskontrolle erfasst wurden⁷⁸¹. Zudem ist zu beachten, dass auch nach der Revision vereinzelte Sondererlasse durch die EU-Kommission verabschiedet wurden, um jenen Fällen korrigierend Rechnung zu tragen, wo gewisse Teilfunktionsvorgänge von der Verhaltenskontrolle erfasst werden⁷⁸². Grundsätzlich geht es der EU-Kommission bei solchen Erlassen darum, entsprechende Vorgänge von den (zu) strengen Folgen der Verhaltenskontrolle zu bewahren und als

⁷⁸⁰ Weissbuch, ABl C 132/1, N. 81. Vgl. auch den *Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte*, 28. Juni 2000 KOM(2000) 399 endg., N. 15. Entsprechende Forderungen und Überlegungen finden sich bei folgenden Autoren: ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636 m.w.H.); LÖFFLER, Art. 3 N. 37 m.w.H.; LÜDER, S. 18; NORDMANN, S. 10. Analoge Gedanken im deutschen Recht vgl. z.B. BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 121; PASCHKE, § 23 N. 68; SCHÜRF, S. 257, rechte Spalte.

⁷⁸¹ Vgl. bereits FN. 519, insb. aber auch: ALTIN-SIEBER, S. 266 (in ihrer FN. 636); ZURKINDEN, S. 155; Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 98 ff.; *Bericht an den Rat über die Anwendung der in der Fusionskontrollverordnung vorgesehenen Schwellenwerte*, 28. Juni 2000 KOM(2000) 399 endg., N. 13. Aus den letzten beiden Quellen wird ersichtlich, dass das Problem mit der Erfassung von kooperativen Vollfunktions-Joint Ventures Anstoss zur letzten Revision gab.

⁷⁸² Als Beispiel eines entsprechenden Erlasses kann die *Verordnung (EG) Nr. 2659/2000 der Kommission vom 29. November 2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung* angeführt werden (zur Erfassung auch von Joint Ventures vgl. insb. den Art. 2 Nr. 11 lit. a dieser Verordnung). Relativierungen fanden schon vor der letzten Revision statt: dazu bei ALTIN-SIEBER, S. 265 f.

Aber auch vor der Revision wurden Massnahmen ergriffen, die in dieselbe Richtung zielten: So legte die EU-Kommission ab dem 1. Januar 1993 *interne Fristen* fest, um die Entstehung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen struktureller Art – worunter die Kommission nebst Vollfunktions- auch bestimmte Teilfunktions-Joint Ventures ohne Marktzugang versteht – ähnlich zu behandeln, wie die konzentrierten Joint Venture-Entstehungen (interne Angleichung): Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 100 f. (vgl. insb. auch die dort zu findende FN. 26). Vgl. auch schon bei FN. 5.

unbedenklich bzw. harmlos zu deklarieren⁷⁸³. In Anbetracht dieser Umstände *erscheint* eine ausschliessliche Erfassung aller Joint Venture-Entstehungen (also prinzipiell auch solcher, durch die ein Teilfunktions-Joint Venture entsteht, welche dann aber wegen ihrer Gefahrenlosigkeit aus dem kartellrechtlichen Anwendungsbereich fallen) durch die Strukturkontrolle und *damit eine eigene schweizerische Lösung nicht als abwegig* (insb. da eine solche Lösung in der Schweiz keiner Gesetzesänderung bedarf)⁷⁸⁴. Jedenfalls geht aus den Überlegungen klar die **Inkonsequenz der Trennungstheorie** (bzw. deren Nachfolger: Trennung nach Voll- und Teilfunktionen) – und deren ungesichertes Dasein – hervor, die zu unnötigen Problemen und Unsicherheiten führt⁷⁸⁵. Das schweizerische Recht soll solche (auf europarechtlichen Traditionen und Kompromissen beruhenden) Fehlentwicklungen inkonsequenter Theorien nicht einfach rezipieren⁷⁸⁶. Diese werden aus dem hier eingenommenen Standpunkt als eine verbissene Weiterführung früh begangener Fehler verstanden: Die Trennung nach konzentrativen und kooperativen Joint Ventures resp. das darauf aufbauende und weiterentwickelte Vollfunktionskriterium ist und war nie tauglich, die Anwendungsbereiche der Kontrollen klar und konsequent zu trennen; oder in den Worten ALTIN-SIEBERS: „Das Erfordernis der Einteilung der GU in kooperative und konzentrierte GU erweist sich [...] als weitgehend fragwürdig“⁷⁸⁷.

⁷⁸³ EU-Regelung für horizontale Verträge – Inkraftsetzung per 1. Januar, in: NZZ vom 30. November 2000 (280), S. 27 m.w.H.

⁷⁸⁴ Infra KAPITEL 5: D.IV.2.b.bb. Ergänzend sei auch daran erinnert, dass ein Teil der Lehre vertritt, Vollfunktions-Joint Ventures, die die (übrigen) Schwellenwerte nicht erreichen, fielen auch heute noch (nach der Revision) unter die Verhaltenskontrolle; diese Ansicht wird hier zwar nicht geteilt (supra KAPITEL 5: D.III [m.w.H. zur Gegenansicht insb. in der FN. 741]). Dennoch zeigt diese Meinung auf, wieviele Unsicherheiten und Komplikationen das Vollfunktionskriterium mit sich führt und schon allein darum nicht ideal ist für eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche der Strukturkontrolle von der Verhaltenskontrolle (diese Schwierigkeiten erkennend beispielsweise: IMMENGA, Ergänzungsband, Art. 2 N. 10). Vielmehr deuten die Komplikationen darauf hin, dass Vollfunktion selber lediglich ein Anzeichen von Gefahr für den wirksamen Wettbewerb darstellt und somit bloss einen von mehreren Schwellenwerten der Strukturkontrolle darstellt.

⁷⁸⁵ ALTIN-SIEBER, S. 261. Bemerkenswert ist im übrigen, dass die Trennungstheorie bzw. deren Weiterentwicklung (Trennung zwischen Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures) im EG-Recht nie konsequent war; gesetzlich wurden stets nur *Kooperationen* (im Sinne von Art. 81 EGV) von den Zusammenschlüssen (gemäss der FKVO) unterschieden, *nicht aber auch die missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen*: vgl. dazu die alte Regelung in Art. 3 Abs. 2 FKVO („Koordinierung“) und die neue Regelung in Art. 2 Abs. 4 FKVO („wird eine solche *Koordinierung* nach den Kriterien des Artikels 85 Absätze 1 und 3 des Vertrags beurteilt“). Die heutige EU-Lösung ist, nach dem gezeigten, nur als eine auf längere Traditionen zurückblickende Etappe auf einem abwechslungsreichen Weg zu sehen, deren Wandlungsfreudigkeit nicht abzusehen ist.

⁷⁸⁶ FUNKE, S. 82; supra KAPITEL 3: F. Es gilt die *autonome Auslegung* (dazu bereits bei FN. 398).

⁷⁸⁷ ALTIN-SIEBER, S. 266. Vgl. auch LOHSE, S. 56 f. („Wieviele Unternehmensfunktionen die Partner dem GU übertragen, betrifft ausserdem nicht das Verhältnis der Partner untereinander, in dem das GU einen Kartell- oder einen Zusammenschlusstatbestand darstellt. Auch bei GU führt der Gedanke der Voll- oder Teilfunktion nicht weiter“), 123 f. („Die aussenstehenden Tätigkeiten besagen weder über die Verfolgung unternehmenspolitischer Ziele mit dem GU und über den daran anknüpfenden durch die Notwendigkeit eines Ausgleichs unternehmerischer Eigeninteressen hinsichtlich der eigenen Aktivitäten geprägten Wirtschaftsplan des GU noch über das Fortbestehen des Wettbewerbs trotz GU auf dessen Markt noch über konzerngleiche vertikale Ergänzungsfunktionen etwas darüber, ob die unter dem Dach des GU zusammengefassten Wettbewerbsinteressen nun koordiniert oder verschmolzen sind“); LÜDER, S. 17 ff.; MEESSEN, S. 907. Zum deutschen Recht z.B. SCHERF, S. 246, linke Spalte („Alle Versuche einer klaren Trennung des Anwendungsbereichs der Strukturkontrolle von dem der Verhaltenskontrolle bei GU im deutschen Kartellrecht haben sich letztlich nicht durchsetzen können“); ZIMMER, § 1 N. 409.

In diesem Zusammenhang ist nicht zu vernachlässigen, dass bei der letzten grossen Revision der FKVO auch eine **alternative Revisionslösung im dazugehörigen Grünbuch** zur Debatte stand, die der hier vertretenen Einordnungslösung sehr nahe steht: „Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung auf sämtliche Gemeinschaftsunternehmen unabhängig davon, ob sie Vollfunktionsunternehmen darstellen oder nicht, allerdings mit der Ausnahme von Kartellen, die in der Gestalt von Gemeinschaftsunternehmen daherkommen“⁷⁸⁸. Dabei handelt es sich um die Lösung, die mit Abstand am meisten Änderungen mit sich gebracht hätte. Alleine schon aus politischen Durchsetzungsüberlegungen nahm sie wohl von Anfang an bloss eine Statistenrolle im Grünbuch ein⁷⁸⁹. Auch diese konsequenteste Alternative zieht das heutige in der EU verstandene Vollfunktionskriterium erheblich in Zweifel. Insb. ist sie mit der hier vertretenen neuen Konzeption vereinbar (der zufolge das Vollfunktionskriterium bloss als eine Art Schwellenwert verstanden wird und die Teilfunktions-Joint Venture-Entstehung auch für die Verhaltenskontrolle als unbedenklich gilt).

Gegen ein (insb. in der EU vertretenes) Verständnis des Vollfunktionskriteriums als Abgrenzung der Struktur- von der Verhaltenskontrolle spricht im übrigen auch die **deutsche Einordnungskonzeption**. Dort wird u.a. vertreten, dass grundsätzlich alle Joint Ventures unter die Fusionskontrolle fallen können, mitunter auch Teilfunktions-Joint Ventures⁷⁹⁰.

Dass die Entstehung aller Teilfunktions-Joint Ventures unbedenklich ist, wird zusätzlich durch das Folgende gestützt: Eine grundsätzliche Unterstellung solcher Vorgänge unter den Förderungsgedanken der Zusammenschlusskontrolle gewährleistet **Rechtssicherheit** – wie schon ähnlich im Grünbuch festgehalten – nicht nur für alle Voll- sondern auch für alle Teilfunktionsvorhaben⁷⁹¹. Denn durch Letztere können beispielsweise – wie bei Vollfunktionsvorhaben – nebst den Müttern ebenso auch Dritte (z.B. Kreditgeber, Minderheitsbeteiligte oder Kunden eines entstandenen Teilfunktions-Joint Ventures, welche z.T. selber wiederum Teilnehmer anderer Märkte sind) in Mitleidenschaft gezogen werden, wenn auf den Vorgang eine verspätete Verhaltenskontrolle zur Anwendung kommt, weshalb sich eine Gleichbehandlung bezüglich der in diesem Beispiel relevanten *Fristen* der Strukturkontrolle aufdrängt⁷⁹².

Die hier gezeigten Umstände sind eine Reaktion auf den fehlgeleiteten Wertungsursprung, der in der Aufteilung zwischen Voll- und Teilfunktions-Joint Ventures liegt. Denn diese Differenzierung korrespondiert nicht mit der Unterscheidung zwischen der Struktur- und der Verhaltenskontrolle.

⁷⁸⁸ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 109 (und 120).

⁷⁸⁹ Diesbezüglich kann auch auf EBEL, S. 755, rechte Spalte, verwiesen werden, der (im deutschen Recht) von der Scheu des Gesetzgebers spricht, ohne Not allzu tief in den vorhandenen Aufbau des Gesetzes einzugreifen.

⁷⁹⁰ EBEL, S. 755, rechte Spalte, betrachtet typische Teilfunktions-Joint Ventures („Schaffung gemeinsamer Einkaufs- oder Vertriebseinrichtungen“) als konzentrierte Gebilde; ZIMMER, § 1 N. 406. Zu den Einzelheiten der deutschen Einordnungskonzeption: supra KAPITEL 3: C.

⁷⁹¹ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 120.

⁷⁹² Zu den Einzelheiten dieses Problems: supra KAPITEL 2: B.II. WERTENBRUCH, S. 13: „Eine Deckung der Rechtsfolgen kann im Fall der Nichtuntersagung nur durch eine generelle Nichtanwendung der zivilrechtlichen Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB auf Zusammenschlüsse nach § 23 Abs. 2 S. 3 GWB (Gemeinschaftsunternehmen) und eine Bindung der Untersagungsbefugnis (§ 1 in Verb. mit § 37a GWB) an die Fusionskontrollfristen erreicht werden“.

Auch über den Bestand des Teilfunktions-Joint Ventures muss Rechtssicherheit herrschen.

Dann gilt es zu berücksichtigen, dass bei der *Entstehung* des Teilfunktions-Joint Ventures ebenso ein *Erwerb gemeinsamer Kontrolle* stattfindet und somit Willensbildungsbasen bezüglich wirtschaftlichen Tätigkeiten ändern; mit anderen Worten eine **Strukturänderung** vonstatten geht⁷⁹³. Gerade wegen der mangelnden Marktnähe (Teilfunktionen) ist aber eine solche Änderung *nicht von wettbewerbsrelevanter Bedeutung*. Dieser Vorgang ist nie als Kartell zu deklarieren. Denn bei der Entstehung eines Teilfunktions-Joint Ventures werden nicht bloss die Willen von voneinander unabhängig bleibenden Unternehmen einander angepasst resp. marktbezogene Handlungsfähigkeit unmittelbar beschränkt, sondern – wie gezeigt – die Willensbildungsbasen selbst geändert⁷⁹⁴. Die Teilfunktionsvorgänge sind für die Verhaltenskontrollen nicht von Bedeutung⁷⁹⁵. Von der Strukturänderung beim Vorgang einer Teilfunktions-Joint Venture-Entstehung sind stets gewisse mit dieser Änderung einher gehende Verhaltensweisen zwischen den Partnern zu unterscheiden⁷⁹⁶.

Vergleichend ist schliesslich zu bedenken, dass auch die Kartellkontrolle je nach Lehrmeinung⁷⁹⁷ ebenfalls **unbedenkliche Kooperationen** kennt. Solche Kooperationen sind *Abreden im Sinne der Verhaltenskontrolle*. Da sie aber die Bagatellschwelle nicht erreichen, gelten sie als unerheblich (sind somit ungefährlich), werden von dieser Kontrolle nicht weiter geprüft und fallen auch nicht subsidiär unter die Strukturkontrolle⁷⁹⁸. Genau dasselbe geschieht nun (im Rahmen der hier vorgestellten neuen Konzeption) bei der Strukturkontrolle mit dem Vollfunktionskriterium: Teilfunktionsvorgänge sind mangels Erreichens dieses Schwellenwertes unerhebliche Vorgänge, die nicht von einer Verhaltenskontrolle erfasst werden⁷⁹⁹.

Gelten strukturändernde Vorhaben, bei welchen Teilfunktions-Joint Ventures entstehen, als unbedenklich, sind diese auch als **systemkonform** zu betrachten⁸⁰⁰. Das Teilfunktions-Joint Venture kann – mangels eines Marktzugangs – an keinem Markt wie ein selbständiger Konkurrent teilnehmen, da ihm definitionsgemäss kein eigener

⁷⁹³ Siehe supra KAPITEL 5: D.I.4.a und bei FN. 498.

⁷⁹⁴ Supra KAPITEL 5: D.I.4.b.

⁷⁹⁵ Ähnlich auch LOHSE, S. 123: „Das generelle Unwerturteil über vertikal integrierte GU, wie es in der Lehre der selbständigen Wirtschaftseinheit zum Ausdruck kommt, ist in keinster Weise gerechtfertigt. Vielmehr darf ein GU wegen Vorliegens sonstiger Wettbewerbsverhältnisse nicht mit dem Hinweis auf Hilfs- oder Teilfunktionen zum Kartelltatbestand erklärt werden. Ihre 'Hilfsfunktion' ist eine insoweit ambivalente *konzerngleiche* Ergänzungsfunktion“.

⁷⁹⁶ Supra KAPITEL 3 und infra KAPITEL 6.

⁷⁹⁷ FN. 204 (v.a. im zweiten Abschnitt).

⁷⁹⁸ Vgl. beispielsweise bei HOFFET, Art. 5 N. 64 ff.

⁷⁹⁹ Ähnliche Parallelen finden sich auch bei der Behandlung des *internen Wachstums*. Solche Strukturänderungen werden von überhaupt keiner Kontrolle erfasst, da sie für den wirksamen Wettbewerb als ungefährlich, ja sogar als notwendig zu verstehen sind (Davon zu unterscheiden ist eine mögliche spätere Verhaltenskontrolle insb. gemäss Art. 7, falls der Vorgang zu einer marktbeherrschenden Stellung führt). Dazu bereits supra KAPITEL 5: B.II.2.

⁸⁰⁰ Zu den systemkonformen Wettbewerbsbeschränkungen: supra KAPITEL 5: B.I.

Markt für die ausgeübten Funktionen zukommt⁸⁰¹. Der Entstehungsvorgang kann keinen Marktanteilserwerb verursachen⁸⁰². Dies ändert aber nichts an der Tatsache, dass diese Vorgänge Strukturänderungen darstellen, weshalb das Vollfunktionskriterium auch unter diesen Überlegungen für die Abgrenzung der Struktur- von der Verhaltenskontrolle nicht in Frage kommt.

Nicht ausgeschlossen wird durch eine solche Betrachtungsweise, dass der **Wechsel von einem Teilfunktions-Joint Venture zu einem Vollfunktions-Joint Venture** durch die Strukturkontrolle erfasst wird, wie z.B. in den Fällen *Coca-Cola/Nestlé* oder *PubliGroupe - Swisscom* geschehen⁸⁰³. Dies entspricht sinngemäss auch dem § 37 Abs. 2 GWB, demzufolge ein Zusammenschluss auch dann vorliegt, wenn beteiligte Unternehmen bereits vorher zusammengeschlossen waren und der erweiterte Zusammenschluss zu einer wesentlichen Verstärkung der bestehenden Unternehmensverbindung führt.

bb. Gesetzliche Konzeptverträglichkeit

Vergleicht man das KG mit der VKU, so fällt betreffend der Joint Ventures eine gewisse **Diskrepanz** auf: Während der **Art. 4 Abs. 3 KG** grundsätzlich jeden Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle und somit jede Joint Venture-Entstehung als Zusammenschluss versteht („Als Unternehmenszusammenschluss gilt: [...] jeder Vorgang [...] durch den [...] mehrere Unternehmen [...] die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen [...] erlangen“), bezeichnet **Art. 2 VKU** nur Vollfunktions-Joint Ventures als Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG.

Der Grossteil der Lehre geht, gestützt auf Art. 2 VKU, davon aus, **Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen seien keine Zusammenschlüsse und könnten statt dessen von der Verhaltenskontrolle erfasst werden**⁸⁰⁴. Diesfalls käme in Frage, dass das Vollfunktionskriterium als das Unterscheidungskriterium zwischen den Anwendungsbereichen der Strukturkontrolle und der Verhaltenskontrolle verstanden würde (Trennungstheorie). Dem ist folgendes **entgegenzuhalten**:

Die gezeigte Diskrepanz beruht auf zwei materiellen **Gesetzen unterschiedlicher Stufen**. Die VKU ist ein Erlass, der sich ausschliesslich auf Art. 60 KG stützt und demzufolge eine Ausführungsverordnung des KG darstellt. Als solche unterliegt die VKU engen Grenzen. Ist sie gesetzmässig, so bezieht sie sich nur auf Materien, die Gegenstand des zu vollziehenden Gesetzes bilden, *hebt Gesetze nicht auf und ändert diese auch nicht ab*, folgt den Zielsetzungen des KG (indem sie Regelungen des KG ergänzt oder **verdeutlicht**) und erlangt nur dann eigenständige materiellrechtliche Bedeutung, wenn sich eine Gesetzeslücke nachweisen lässt⁸⁰⁵.

⁸⁰¹ Supra KAPITEL 5: C und KAPITEL 5: D.IV.1.

⁸⁰² FN. 773.

⁸⁰³ *Coca-Cola/Nestlé*, RPW 2001/4, S. 746 ff., N. 7 ff; *PubliGroupe - Swisscom*, RPW 1998/4, S. 601 ff., N. 4 ff.

⁸⁰⁴ Repräsentativ z.B. ZURKINDEN, S. 75 und 78.

⁸⁰⁵ BORER, Art. 4 N. 44; GYGI, S. 93 f.; HÄFELIN/HALLER, N. 1860.

Dieser Gesetzmässigkeit müssen sich Verwaltungsbehörden und Richter – in der Regel im Rahmen der konkreten Normenkontrolle – von Amtes wegen vergewissern⁸⁰⁶.

Mit der Annahme, dass Teilfunktions-Joint Ventures gemäss der VKU keine Zusammenschlüsse seien, wird aber gerade ***formelles Gesetz durch eine Vollzugsverordnung abgeändert***. Hält doch das KG undifferenziert fest, dass „*jeder*“ Erwerb gemeinsamer Kontrolle – und somit auch jener, aus welchem Teilfunktions-Joint Ventures hervorgehen – ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. b KG ist. Das Problem einer solchen Annahme (der wohl herrschenden Lehre) liegt nun darin, dass die Kontrollen formell und materiell unterschiedlich ausgestaltet sind. Korrekterweise kommen der Gesetzesbestimmung zufolge grundsätzlich auch Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen in den Genuss des relativen Förderungsgedankens der Strukturkontrolle. Unternehmen, welche einen Zusammenschluss planen, müssen gestützt auf das KG nicht damit rechnen, dass ihr (Teilfunktions-) Vorhaben unter dem strengeren Massstab der Verhaltenskontrolle beurteilt wird. Dies entspricht der bereits angeführten teleologischen Reduktion der Verhaltenskontrolle, wonach diese Kontrolle Strukturänderungen nicht (weder parallel noch subsidiär zur Zusammenschlusskontrolle) direkt erfasst⁸⁰⁷. Dem widerspricht aber die abweichende *Interpretation* (gemäss welcher Teilfunktions-Joint Ventures keine Zusammenschlüsse seien und zudem vom strengeren Massstab der Verhaltenskontrolle erfasst werden könnten) *der Verordnungsbestimmung*. Ein solches Verständnis würde – nebst der erheblichen Rechtsunsicherheit über den Bestand von Teilfunktions-Joint Ventures⁸⁰⁸ – eine Änderung des Gesetzes bewirken, wodurch das Gesetzmässigkeitsprinzip und das Gewaltentrennungsprinzip verletzt würde⁸⁰⁹. Im schweizerischen Recht fehlt es also bereits an der nötigen Rechtsgrundlage für ein entsprechendes Verständnis. Konsequenterweise müsste diese Verletzung (Fehlinterpretation) im Einzelfall durch die Verwaltungsbehörden von Amtes wegen behoben werden.

Deshalb ist **Art. 2 VKU** vielmehr so zu verstehen, dass dieser nur das KG (in folgendem Sinne) verdeutlicht, nicht aber abändert: Zusammenschlüsse wie Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen profitieren gemäss Art. 4 Abs. 3 KG zwar vom relativen Förderungsgedanken der Strukturkontrolle (fallen also nicht unter die Verhaltenskontrolle). Ihre Nichterwähnung in der VKU ist als ***qualifiziertes Schweigen*** zu werten und darauf zurückzuführen, dass solche Vorhaben (e contrario) als harmlos zu betrachten sind, weshalb sie auch nicht unter der Strukturkontrolle geprüft werden (***Verdeutlichung und keine Abänderung des KG***). Eine solche Interpretation ist mit dem Wortlaut des Art. 2 VKU verträglich, da diese Bestimmung einen Teilfunktionsvorgang nicht explizit als Zusammenschluss ausschliesst. V.a. aber

⁸⁰⁶ GYGI, S. 95. Bei einer Änderung der VKU ist unmittelbar im Anschluss an diese auch eine *abstrakte* Normenkontrolle in der Verwaltungsrechtspflege ausnahmsweise vorstellbar.

⁸⁰⁷ Supra KAPITEL 5: A (Ablehnung paralleler Anwendung) und KAPITEL 5: D.III (Ablehnung subsidiärer Anwendung).

⁸⁰⁸ Vgl. dazu bereits FN. 783.

⁸⁰⁹ Offengelassen werden kann die Frage, inwiefern das Vollfunktionskriterium als vernünftiger Grund für eine Unterscheidung der Joint Venture-Entstehungen verstanden werden und dadurch dem Rechtsgleichheitsgrundsatz überhaupt entsprechen kann (GYGI, S. 94 f.).

entspricht ein solches Verständnis auch dem eigentlichen Zweck der VKU: Gemäss dem Kommentar zum E-VKU geht es bei der „Unterstellung eines Zusammenschlussvorhabens unter den wettbewerbsrechtlichen Tatbestand des Zusammenschlusses [...] einzig darum, die Unternehmen in die Lage zu versetzen, mit einfach handhabbaren Kriterien die Notwendigkeit einer Meldung eines Zusammenschlussvorhabens an die Wettbewerbsbehörden zu prüfen“⁸¹⁰. Nach der hier vertretenen Auffassung werden **Teilfunktions**vorhaben auf Grund des Art. 2 VKU **lediglich von der Meldepflicht ausgeschlossen**, nicht aber auch materiell einem strengeren Massstab unterstellt⁸¹¹. Die Wendung in Art. 2 VKU (*‘Ein [Vollfunktions-] Vorgang [...] stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Gesetzes dar’*) darf folglich nicht überbewertet werden. Sie bedeutet lediglich einen formellen Ausschluss der Teilfunktionsvorgänge von jeglichen Kontrollen, ändert aber nichts an deren strukturänderndem Charakter als Erwerb gemeinsamer Kontrolle⁸¹².

Eine solche Interpretation des Art. 2 VKU ist als eine **Reaktion** auf die tendenzielle Übernahme der (für die Schweiz) *ungeeigneten Wertung* (durch die Einführung des Vollfunktionskriteriums) aus dem *EG-Recht* ins schweizerische Recht zu verstehen⁸¹³. Das Ungeeignete daran ist, dass das Vollfunktionskriterium, wie gezeigt, nicht in der Lage ist, die Anwendungsbereiche zwischen Verhaltens- und Strukturkontrolle auseinanderzuhalten⁸¹⁴. In der Schweiz drängt sich eine eigene, unabhängige Interpretation um so stärker auf, als das Vollfunktionskriterium auf einer tieferen gesetzlichen Ebene geregelt wird, als die *sedes materiae* der wettbewerbsrechtlichen Kontrollen (insb. der Zusammenschlusskontrolle). Demgegenüber wird in der *EU* das *Vollfunktionskriterium im selben Gesetz* wie die Zusammenschlusskontrolle (Art. 3 Abs. 2 FKVO) *geregelt*. Im schweizerischen Recht bedarf es für die Übernahme der neuen Einordnungskonzeption keiner Gesetzesänderung.

cc. Vollfunktionskriterium als quantitativer Wert auf operativer Ebene gegenüber dem Kontrollerwerb als qualitativer Wert auf strategischer Ebene

Wie bereits beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle gezeigt, hat jeder Kontrollerwerb **Marktressourcen** zum Gegenstand⁸¹⁵. Diese können sowohl als Teil- wie auch als Vollfunktionen vorliegen. Das kartellrechtlich relevante Ressourcenerfordernis wird nun diesbezüglich durch die Voraussetzung des Vollfunktionskriteriums **konkretisiert**.

⁸¹⁰ Kommentar zum E-VKU, S. 2 f.

⁸¹¹ Das herkömmliche Verständnis von Art. 2 VKU läuft somit dem Kommentar zum E-VKU (a.a.O.) entgegen.

⁸¹² Beim Begriff ‘Erlangung der Kontrolle’ handelt es sich um einen „Sammelbegriff für alle nicht eindeutig zuzuordnenden Zusammenschlussverhalte“ (DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 88). Bei einer entsprechenden Zuordnung ist eine materielle Betrachtungsweise gefordert: „*Entscheidend* ist dabei jeweils die durch einen Sachverhalt erreichte *Veränderung der Marktstruktur bzw. veränderte Kontrolle* über ein oder mehrere Unternehmen“ (DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 89). Zu den Einzelheiten vgl. bereits supra KAPITEL 5: D.I.4.a.

⁸¹³ Zur Eigenart des schweizerischen Kartellrechts: supra KAPITEL 4: A.

⁸¹⁴ Vgl. auch soeben bei FN. 785.

⁸¹⁵ Supra KAPITEL 5: D.I.2.a.

Dieses Kriterium setzt jenen *Umfang* wirtschaftlicher Tätigkeit voraus, wie ihn Konkurrenten eines bestimmten Marktes aufweisen⁸¹⁶. Beim Vollfunktionskriterium handelt es sich damit um eine **quantitative** Voraussetzung. So geprägt, finden sich Parallelen zu den – der *Beurteilung* eines Zusammenschlusses dienenden – Umsatzschwellen oder den Marktanteilsgrenzen⁸¹⁷. Die quantitative Prägung macht **Schwellenwerte** leicht nachvollziehbar und dadurch praktikabel⁸¹⁸. Ein Verständnis als Schwellenwert entspricht auch dem Zweck der VKU, für Unternehmen die Erkennung einer Meldenotwendigkeit ihrer Zusammenschlussvorhaben zu vereinfachen, schafft Rechtssicherheit, entspricht dem Gedanken einer präventiven Kontrolle und korrespondiert insb. auch mit der Gesetzesstufe, auf welcher das Kriterium geregelt wird⁸¹⁹.

Demgegenüber wird mit einem quantitativen Kriterium grundsätzlich nie direkt die *Natur eines Zusammenschlusses* umschrieben, welche den relativen Förderungsgedanken rechtfertigen kann. Vielmehr handelt es sich dabei um **qualitative** Kriterien, wie beispielsweise beim Erwerb gemeinsamer Kontrolle zu sehen⁸²⁰.

Auch auf Grund dieser Gedanken kann das Vollfunktionskriterium nicht so verstanden werden, dass es für die Unterscheidung der Anwendungsbereiche zwischen der Strukturkontrolle und der Verhaltenskontrolle in Frage komme.

Bei den *Funktionen* handelt es sich stets um **operative** Tätigkeiten⁸²¹. Somit kann dieses Kriterium nicht dem – in der neuen Einordnungskonzeption im Vordergrund stehenden – Abgrenzungskriterium '**Kontrollerwerb**' in die Quere kommen. Denn Letzteres bestimmt sich durch die Möglichkeit, **strategische** Entscheide über solche operativen Tätigkeiten zu beeinflussen⁸²². Dadurch lässt sich auch die Unselbständigkeit bei Vollfunktions-Joint Ventures einfach nachvollziehen: Mittels Änderung der operativen Tätigkeiten wird die Frage nach der kartellrechtserheblichen Selbständigkeit noch nicht berührt. Erst durch die Änderung der Möglichkeit, über Willensbildungsbasen Einfluss auf die strategischen Entscheide (über solche operativen Tätigkeiten) zu nehmen, wird diese Selbständigkeit über

⁸¹⁶ Supra KAPITEL 5: C und KAPITEL 5: D.IV.1.

⁸¹⁷ Vgl. zu den Umsatzschwellen bei FN. 201. Zu den Marktanteilsgrenzen (bei FN. 202): Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU und Kommentar zum E-VKU, S. 8.

⁸¹⁸ BORER, Art. 2 N. 15, ZÄCH, Europarecht, S. 309 (zu den Marktanteilen). Dazu bereits bei FN. 193 mit vielen Hinweisen (insb. auch zur Unterscheidung zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien). Demgegenüber sind qualitative Kriterien (dazu sogleich) wegen ihrer Wertoffenheit oft vage und gelten selbst beim Vorliegen einer langen Praxis nicht als gesichert. Sie unterliegen einem ständigen Wandel der Wertungsgedanken der anwendenden Behörden: vgl. auch IMMENGA, S. 940 (oben).

⁸¹⁹ ZÄCH, N. 283 („Solche quantitativen Kriterien sind in der Praxis einfach zu handhaben und bieten deshalb eine relativ grosse Rechtssicherheit“); supra KAPITEL 5: D.IV.2.b.bb.

⁸²⁰ IMMENGA, S. 925 („Mit dem Merkmal des *Kontrollerwerbs* basiert die europäische Zusammenschlusskontrolle auf einem *rein qualitativen Kriterium*“); Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses, ABl 1998 C 66/5, N. 4 („Ob ein Zusammenschluss im Sinne der Fusionskontrollverordnung vorliegt oder nicht, richtet sich eher nach qualitativen als nach quantitativen Kriterien, wobei der Begriff der Kontrolle von zentraler Bedeutung ist“).

⁸²¹ *Coca-Cola/Nestlé*, RPW 2001/4, S. 746 ff., N. 8; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 12.

⁸²² Supra KAPITEL 5: D.I.1.a.

operative Tätigkeiten – unabhängig davon, ob alle oder nur gewisse Funktionen einer bestimmten Markttätigkeit vorliegen – kartellrechtserheblich beeinflusst (Strukturänderung). Die Abgrenzungseigenschaft ist vom Vollfunktionskriterium losgelöst und kommt ausschliesslich dem Kriterium des Kontrollerwerbs zu. Die operative 'Autonomie' (Vollfunktion) zeigt an, dass ein *unselbständiges* Unternehmen (wie ein Joint Venture) für den Wettbewerb potentiell eine Gefahr darstellen kann. Das Vollfunktionskriterium ist als Gefahrenbarometer zu betrachten, das – ähnlich wie die Umsatz- und die Marktanteilsschwelle (und darum als systemkonform zu verstehen) – der Zusammenschlusskontrolle eine weitere Grenze im Sinne eines Aufgreifkriteriums stellt, unter welcher die Vorhaben als unbedenklich gelten.

3. Dauer

Die Funktionen, für die auch ein eigener Markt besteht, müssen dem Joint Venture auf Dauer zukommen, damit tatsächlich von einem Vollfunktions-Joint Venture bzw. von einer möglichen Gefahr für den Wettbewerb gesprochen werden kann. Das heisst aber nicht, dass stets eine unbefristete Dauer wie z.B. im Fall *DiAx – SBCIS* gegeben sein muss⁸²³. Die EU-Kommission liess im Fall *BSN-Nestlé/Cokoladovny* eine beschränkte Dauer von sieben Jahren zu⁸²⁴. „Massgebend dürfte sein, ob der Zeitraum [...] unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktverhältnisse die *Entfaltung einer [operativ] selbständigen unternehmerischen Tätigkeit* [im gezeigten relativierten Verständnis] erlaubt. Die erforderliche Mindestdauer variiert somit von Fall zu Fall“⁸²⁵. Je umfangreicher die Funktionen des Joint Ventures sind, um so eher kann davon ausgegangen werden, dass das Kriterium der Dauer erfüllt ist⁸²⁶. In der schweizerischen Praxis nimmt diese Voraussetzung nur eine untergeordnete Rolle ein und wird kaum thematisiert. Mit der Klärung der Frage nach den Funktionen, *wie* sie einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit zukommen, wird in der Regel *immanent* auch jene nach der Dauer beantwortet: So begnügte sich die Weko im Fall *BKW – AEK/Comtop* festzustellen, dass das Joint Venture Comtop über genügend finanzielle und personelle Ressourcen verfügt, ohne die Dauer überhaupt zu erwähnen⁸²⁷. Wird das Erfordernis der Dauer nicht erfüllt, so kann dies zwei Konsequenzen nach sich ziehen: Zum einen kann es dazu führen, dass zwar nicht alle Funktionen längerfristig als gesichert erscheinen, dennoch aber ein Teilfunktions-Joint Venture dauerhaft vorliegt (das jedoch als unbedeutend einzustufen ist). Zum anderen kann eine Joint Venture-Entstehung ganz wegfallen, da es gleichzeitig auch an der nötigen Dauer der Kontrollmöglichkeit der Partner und somit überhaupt an einer Strukturänderung fehlt⁸²⁸.

⁸²³ *DiAx – SBCIS*, RPW 1997/2, S. 197 ff., N. 20.

⁸²⁴ *BSN-Nestlé/Cokoladovny*, 17. Februar 1992, WuW 6/1992, S. 497.

⁸²⁵ ZÄCH, N. 423. Vgl. auch IMMENGA, S. 945 f. mit weiteren Beispielen.

⁸²⁶ Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 15; SUTER DEPLAZES, S. 49 f.; ZURKINDEN, S. 95 f.

⁸²⁷ *BKW – AEK/Comtop*, RPW 1997/1, S. 51 ff., N. 8. Vgl. zum Ganzen: Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 12; Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 99 (in dortiger FN. 25); DUCREY, S. 138; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 4 N. 129.

⁸²⁸ IMMENGA, S. 927; „Anderenfalls ist keine Strukturveränderung von Märkten gegeben“. Vgl. auch schon FN. 542.

E. Zwischenfazit

An dieser Stelle soll ein kurzes Fazit *ergänzend* zur bereits angeführten Schlussfolgerung⁸²⁹ den Status quo der hier vertretenen neuen Einordnungskonzeption von Joint Venture-Entstehungen wiedergeben:

Das Kriterium zur Unterscheidung des Anwendungsbereichs der Strukturkontrolle von jenem der Verhaltenskontrolle, ist der **'Erwerb der (gemeinsamen) Kontrolle'**. Dieses Kriterium charakterisiert jede Joint Venture-Entstehung als **Strukturänderung im Sinne eines externen Wachstums**, so dass all diese Vorgänge in den Genuss des relativen Förderungsgedankens im Zusammenhang mit der Strukturkontrolle kommen – welcher durch dieses Kriterium zugleich gerechtfertigt wird. Die Strukturänderung findet konkret zwischen einer *Willensbildungsbasis* und der (vor dem Vorgang von dieser unabhängigen) *wirtschaftlichen Tätigkeit* des (durch den Vorgang entstehenden und von der erwähnten Willensbildungsbasis anschliessend abhängigen) künftigen Joint Ventures statt⁸³⁰. Durch den Entstehungsvorgang wird die Möglichkeit spontanen Wettbewerbs zwischen Joint Venture und seinen jeweiligen Müttern beseitigt. Die Verhaltenskontrolle findet auf solche Sachverhalte weder parallel (Ablehnung der Doppelkontrolle *i.e.S.*) noch subsidiär zur Strukturkontrolle Anwendung. Andernfalls würde dies stets der gesetzlichen Ausgestaltung – insb. dem angesprochenen relativen Förderungsgedanken – zuwiderlaufen. Konsequenterweise werden Versuche, die Verhaltenskontrolle auf strukturändernde Vorgänge auszuweiten, vom Gesetzgeber als systemwidrig bezeichnet⁸³¹. Die Joint Venture-Entstehungen werden, wenn überhaupt, dann ausschliesslich vom Anwendungsbereich der Strukturkontrolle erfasst (weshalb

⁸²⁹ Supra KAPITEL 5: D.I.4.

⁸³⁰ Betreffend der Strukturänderung und den anderen Vorgängen kann zusammenfassend folgendes festgehalten werden:

Ändert das Verhältnis zwischen Willensbildungsbasen und bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten, liegt eine Strukturänderung im Sinne des externen Wachstums vor. Stellen dabei die Änderungen in den bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten nur Hilfsfunktionen dar, ist der Vorgang als unbedenklich zu begreifen, da für diese Funktionen kein eigener Markt besteht. Allfällige Nebenabreden sind in der Regel für ein entsprechendes Teilfunktions-Joint Venture (wegen seiner geringen Marktbedeutung) nicht als notwendig zu betrachten, so dass solche Abreden im Zusammenhang mit den Tätigkeiten der – in diesem Markt gegenüber dem Joint Venture als Hauptakteure auftretenden – Mutterunternehmen zu beurteilen sind und damit prinzipiell von der Verhaltenskontrolle erfasst werden können (infra KAPITEL 6: B.I). Besteht für die geänderten wirtschaftlichen Tätigkeiten ein eigener Markt, so ist dieser Vollfunktionsvorgang grundsätzlich als für den Wettbewerb gefährlich einzustufen (sofern die Umsatzschwellen überschritten sind). Vgl. z.B. den FALL *CS/Bank Linth*, in: NZZ vom 25. Februar 2003 (46), S. 23.

Ändern nur die Willensbildungsbasen in ihrer Zusammensetzung, ohne dass davon die Verhältnisse über bestehende wirtschaftliche Tätigkeiten beeinflusst werden, so handelt es sich mangels Ressourcentransfers um ein Kartellorgan.

Ändern nur wirtschaftliche Tätigkeiten, so findet zwar eine Strukturänderung statt. Diese kann aber nur (mangels Änderung der Willensbildungsbasen bezüglich bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeiten) auf Eigenleistung beruhen und ist darum für die Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich ohne Bedeutung (interner Wachstum).

Ändern während eines Vorgangs **weder** die Willensbildungsbasen **noch** bestehende wirtschaftliche Tätigkeiten, so kann es sich entweder um eine interne Unternehmensreorganisation oder dann, falls mehrere Unternehmen am Vorgang beteiligt sind, um eine Verhaltensweise gemäss Art. 5 bzw. 7 KG handeln.

⁸³¹ FN. 738.

der Begriff der Joint Venture-Entstehung nur über die Tatbestände der Fusionskontrolle zu definieren ist). Kartelle und missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind nie durch den Erwerb gemeinsamer Kontrolle geprägt. Bei entsprechenden Vorgängen findet kein Ressourcentransfer statt bzw. es entsteht keine (mehrfache) Abhängigkeit über wirtschaftliche Tätigkeiten unter korrelatem Verlust von Selbständigkeit. Vielmehr wird nur die marktbezogene Handlungsfreiheit (unter gleichbleibendem Verhältnis zwischen Willensbildungsbasen und deren wirtschaftlichen Tätigkeiten) eingeschränkt. Kurz: die Anwendungsbereiche der Verhaltens- und der Strukturkontrolle schliessen sich gegenseitig aus bzw. ergänzen sich⁸³².

Wenn Joint Venture-Entstehungen nicht unter die Verhaltenskontrolle fallen können, muss das **Vollfunktionskriterium** im Rahmen der hier gezeigten Einordnungskonzeption eine neue Bedeutung erhalten. Dieser zufolge handelt es sich dabei um eine Art *Schwellenwert*, der lediglich angibt, welche Zusammenschlüsse für den wirksamen Wettbewerb als unbedeutend gelten und damit nicht unter die Meldepflicht fallen (Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen). Diese Auffassung ist nach der schweizerischen Rechtsordnung insb. darum naheliegender als die bisherige, da sie der Gesetzesstufe gerecht wird, auf welcher das Vollfunktionskriterium geregelt ist.

Die hier angeführte Einordnungskonzeption – die im schweizerischen Recht auch ohne Gesetzesrevision Anwendung finden kann – ist nicht so neuartig, wie dies erscheinen mag. Denn schon im Grünbuch zur letzten grossen Revision der FKVO ist ein ähnlich *umfassender und einheitlicher Lösungsvorschlag*⁸³³ zu finden, der auf eine Unterscheidung zwischen den Anwendungsbereichen der Struktur- und der Verhaltenskontrolle gemäss dem Vollfunktionskriterium verzichtet. Vielmehr wird verlangt, Art. 3 Abs. 2 FKVO auf sämtliche Joint Venture-Entstehungen anzuwenden, nicht aber auf Kartelle, „die in der Gestalt von Gemeinschaftsunternehmen daherkommen“⁸³⁴. Letzteres gleicht einerseits der Problematik mit den Kartellorganen, welche hier bereits wegen des fehlenden Ressourcentransfers nicht unter die Strukturkontrolle fallen können (also – im Gegensatz zu Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen – mangels Kontrollerwerbs keine Zusammenschlüsse sind), andererseits aber auch der Problematik, wie sie infra in KAPITEL 6 (bezüglich in Joint Ventures versteckter Kartelle) behandelt wird⁸³⁵.

⁸³² EBEL, S. 755, rechte Spalte.

⁸³³ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 121: „Die Änderungen, die sowohl den materiellrechtlichen Inhalt als auch das Verfahren betreffen, scheinen vom Standpunkt der obengenannten Kriterien die *umfassendste und einheitlichste Behandlung* von konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen zu ermöglichen“.

⁸³⁴ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 109.

⁸³⁵ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 120. Zu den Kartellorganen vgl. supra KAPITEL 5: D.I.4.b.

KAPITEL 6: Beseitigung der Absorptionsproblematik: Sachverhaltstrennung anhand der jeweiligen Tätigkeitsbereiche

Bis anhin wurde bei der neuen Einordnungskonzeption die Absorptionsproblematik, wie sie bei **zusammengesetzten Sachverhalten** entsteht⁸³⁶, noch nicht genauer untersucht. Zieht man einen Vergleich zwischen den herkömmlichen Einordnungstheorien und der bis anhin gezeigten neuen Konzeption, so fällt auf, dass v.a. eine Ähnlichkeit zur Spezialitätstheorie besteht. Damit die neue Einordnungskonzeption **nicht denselben Absorptionsschwierigkeiten** unterfällt wie (nebst der Spezialitätstheorie auch) die (anderen) konventionellen Einordnungslösungen, ist die **neue Konzeption bezüglich der Rechtsfolgen näher ausgestaltet**: So wird in der präsentierten Einordnungsthese gefordert, dass sich Rechtsfolgen stets nur auf jene Sachverhalte beziehen, welche von ihren dazugehörigen Tatbeständen tatsächlich erfasst werden (**vollständige Separation**)⁸³⁷. Diese Ergänzung beruht auf den Überlegungen die folgen.

Sollen die Rechtsfolgen von Kontrollen stets nur auf jene Sachverhalte angewendet werden, welche von den – diesen Rechtsfolgen – dazugehörigen Tatbeständen erfasst werden, so setzt dies voraus, dass sich **zusammengesetzte Sachverhalte entflechten** lassen: Die begleitenden Verhaltensweisen (Abreden oder missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen) müssen von den Strukturänderungen (Erwerb gemeinsamer Kontrolle) trennbar sein⁸³⁸. Das Absorptionsproblem entsteht nun immer dann, wenn behauptet wird, dass eine entsprechende Trennung innerhalb solcher Sachverhalte nicht möglich sei und Rechtsfolgen deshalb undifferenziert auf den ganzen (zusammengesetzten) Sachverhalt zur Anwendung kommen⁸³⁹.

Ein taugliches und einfach zu handhabendes Mittel, wie solche Sachverhalte auseinandergehalten werden können, ist die **Trennung nach den wirtschaftlichen Tätigkeitsbereichen**: Jedes Mutterunternehmen und jedes Joint Venture hat einen

⁸³⁶ Supra KAPITEL 3.

⁸³⁷ Das Absorptionsproblem könnte auch auf andere Weise relativiert werden: So könnten z.B. bei der Strukturkontrolle die *Auflagen und Bedingungen* nützlich werden, indem für einen rechtmässigen Zusammenschluss mittels dieser Instrumente vorausgesetzt wird, zusätzliche Verhaltensweisen zu unterlassen. Ein Konflikt mit der Verhaltenskontrolle wird diesfalls (mangels des erforderlichen Sachverhalts) ausgeschlossen. Diese Möglichkeit ist unter der heutigen Interpretationslage auch im schweizerischen Kartellrecht zu begrüßen, ändert aber nichts an der Tatsache, dass es sich dabei bloss um eine korrigierende Symptombekämpfung handelt, die aufgesetzt wirkt.

⁸³⁸ Davon zu differenzieren ist die bis anhin behandelte Frage nach der Unterscheidung zwischen dem Anwendungsbereich der Strukturkontrolle von jenem der Verhaltenskontrolle (supra KAPITEL 5). Zwar können die Anwendungsbereiche auf Ebene der **Tatbestände** klar nach dem Kriterium des Erwerbs einer gemeinsamen Kontrolle auseinandergehalten werden. Noch unbeantwortet ist aber die hier zu behandelnde Frage, ob solche Vorhaben in zusammengesetzten Sachverhalten (also dann, wenn beide Vorhaben vorliegen) voneinander trennbar sind, damit keine Absorption (über die **Rechtsfolgen**) erfolgt.

⁸³⁹ Vgl. dazu auch in der FN. 850.

eigenen (individuellen) Tätigkeitsbereich⁸⁴⁰. Ohne weiteres ist es aber möglich, dass einzelne Mutterunternehmen im selben Markt wie das Joint Venture tätig bleiben (wobei auch dann die Tätigkeit solcher Mutterunternehmen und des Joint Ventures individuell, also eigen bleibt)⁸⁴¹. Bei jedem zusammengesetzten Sachverhalt kann stets zwischen dem *Tätigkeitsbereich des Joint Ventures* und jenen *Tätigkeitsbereichen* unterschieden werden, wo die *einzelnen Mütter* (weiterhin) eigene wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben⁸⁴². Die Vorhaben in Ersterem werden dann von den Rechtsfolgen der Strukturkontrolle betroffen, da der Tatbestand der Strukturkontrolle die Joint Venture-Entstehung umfasst, welche Ursprung dieses Tätigkeitsbereichs ist und sich selber nur in diesem Bereich abspielt⁸⁴³. Die Vorgänge in letzteren Tätigkeitsbereichen werden dagegen von den Rechtsfolgen der Verhaltenskontrolle betroffen, da dort die Tatbestände einer der beiden Verhaltenskontrollarten durch Vorliegen von Abreden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen – unter den auch nach der Joint Venture-Entstehung voneinander wirtschaftlich selbständig bleibenden Müttern⁸⁴⁴ – erfüllt werden. Durch diese Betrachtung über die Tätigkeitsbereiche wird deutlich, dass bei den zusammengesetzten Sachverhalten im Grunde immer ***zwei voneinander unterscheidbare Sachverhalte*** vorliegen, die je einzeln vom Tatbestand der Strukturkontrolle bzw. der Verhaltenskontrolle erfasst werden⁸⁴⁵. Diese einzelnen

⁸⁴⁰ *Elopak/Metal Box – Odin*, IV/32.009, 13. Juli 1990, N. 26. LOHSE, S. 67 und 90, spricht in diesem Zusammenhang vom Wettbewerbsbereich oder vom Tätigkeitsfeld.

⁸⁴¹ KARTTE, S. 576, mit einem Fallbeispiel. Der Tätigkeitsbereich der einzelnen Mütter bleibt auch in dieser Konstellation vom Tätigkeitsbereich des Joint Ventures sowie von den Tätigkeitsbereichen der restlichen Mütter verschieden.

⁸⁴² Entsprechende Unterscheidungen sind auch zu finden bei KNÖPFLE, S. 655, linke Spalte; LOHSE, S. 267; LÜDER, S. 55 f.; MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 75; RUPPELT, § 37 N. 42. Siehe auch schon im Entscheid *Elopak/Metal Box – Odin*, IV/32.009, 13. Juli 1990, N. 26.

⁸⁴³ SCHERF, S. 247, rechte Spalte (in fine).

⁸⁴⁴ Das Verbleiben der wirtschaftlichen Selbständigkeit der Mütter ist für die beiden Verhaltensformen deshalb grundsätzlich charakteristisch, da durch solche Vorhaben lediglich die wirtschaftliche Handlungsfreiheit beschränkt und nicht auch die Marktstruktur der Partner geändert wird (vgl. bei FN. 502).

⁸⁴⁵ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 113 („Im Zusammenhang mit Gemeinschaftsunternehmen treffen die Gesellschafter regelmässig Vereinbarungen nicht nur über die Gründung [...]. Daneben werden oft auch Vereinbarungen über das Verhalten der Gesellschafter selbst [...] geschlossen“), N. 117 („Das Kartellverbot des § 1 ist nur tangiert, wenn die Parteien *über* die Strukturmassnahme *hinaus* wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen treffen“) und N. 119 in fine; BUNTE, § 1 N. 203 (auch wenn der Autor von „untrennbaren Verbindungen“ spricht [dazu näheres unter FN. 850], tendieren seine Ausführungen in Richtung einer Trennung des zusammengesetzten Sachverhaltes [z.B. durch die Äusserung: „*darüber hinausgehende* [...] Abstimmungen“); EBEL, S. 755, linke Spalte („Trotz vertikaler einzelner Zusammenschlüsse zwischen einem Gesellschafter und der gemeinsamen Tochter kann zwischen den Gesellschaftern horizontal ein Kartell vorliegen“); KARTTE, S. 576; LOHSE, S. 90 und 123 f.; LÜDER, S. 55 ff. (auch wenn dieser von einem „einheitlichen Lebenssachverhalt spricht [dazu näheres unter FN. 850], tendieren seine Ausführungen in Richtung einer Trennung – gemäss den Tätigkeitsbereichen – in zwei unterschiedliche Sachverhalte) und S. 73 ff.; MEESSEN, S. 907; SCHERF, S. 257; SCHRÖTER, S. 74 („Wettbewerbsbeschränkungen *ausserhalb* des eigentlichen Konzentrationsvorgangs“) und 77 („Eine Anwendung des Kartellverbots auf Gemeinschaftsvollunternehmen kommt nur dann in Betracht, wenn die Schaffung des GU über die Neugestaltung von Eigentumsverhältnissen *hinaus* zu einer Koordinierung [...] führt“); ULMER, S. 33 in fine („Die Anwendung des Kartellverbots beschränkt sich vielmehr auf solche Zusatzabreden zwischen den Gründern, die nicht Gründungen selbst [...] betreffen“); ZIMMER, § 1 N. 404; ZURKINDEN, S. 84 und 157 („es [handelt] sich hier um von der Strukturveränderung an sich ***verschiedene Sachverhalte***, die gesondert (unter der Verhaltenskontrolle) geprüft werden müssen“). Ähnlich auch schon TSCHÄNI, S. 94, linke Spalte (Dieser „zerlegt [entsprechende Vorgänge in] vertragliche und körperschaftliche Bereiche“). Bei der Doppelkontrolle i.w.S. wird in Tat und Wahrheit genau diese Unterscheidung vollzogen und an verschiedenen Sachverhalten angeknüpft, mit dem Unterschied dass bei den Rechtsfolgen – wie bereits gesehen – eine Absorption stattfindet (supra KAPITEL 3: C).

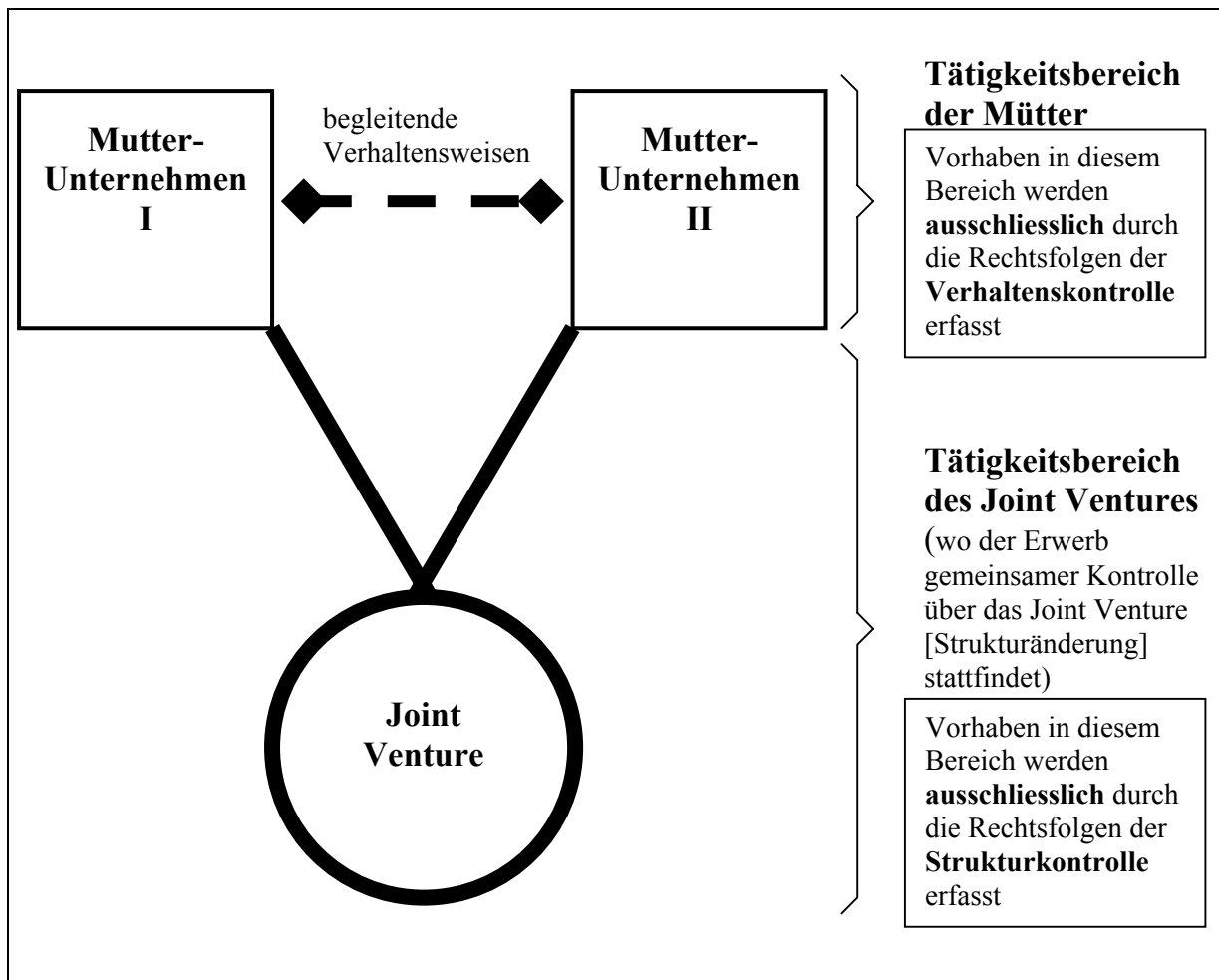
Sachverhalte können in *genereller Weise* – wie im Vorfeld dargestellt⁸⁴⁶ – durch das Kriterium des *Erwerbs gemeinsamer Kontrolle schon auf Ebene des jeweiligen Tatbestands unterschieden* und **auf Ebene der jeweiligen Rechtsfolgen** – was insb. in den gezeigten Konstellationen der zusammengesetzten Sachverhalte nützlich ist – über die Tätigkeitsbereiche in *praktikabler Weise* auseinandergehalten und einzeln identifiziert werden (vollständige Trennbarkeit)⁸⁴⁷. Da sich die zusammengesetzten Sachverhalte stets in mehrere (Unter-) Sachverhalte teilen lassen, ist es grundsätzlich⁸⁴⁸ nicht ersichtlich, weshalb sich die Rechtsfolgen der Strukturkontrolle oder jene der Verhaltenskontrolle über ihre eigentlichen Tatbestände hinaus auch auf Sachverhalte auswirken sollen, für welche bereits andere (eigene) Tatbestände und Rechtsfolgen vorgesehen sind.

Auf Grund der Überlegung einer Trennung des Sachverhalts muss konsequent weitergedacht auch gelten, dass selbst diejenigen Vorgänge, bei welchen noch keine Kontrolle erworben wird wie beim *schlichten Beteiligungserwerb*, ebensowenig von der Verhaltenskontrolle erfasst werden (dies nicht zuletzt auch deshalb, da es stossend wäre, falls harmlosere [zusammenschlussähnliche] Vorgänge als Strukturänderungen durch die strengere Verhaltenskontrolle erfasst würden): Andeutungen einer entsprechend konsequenten Trennung finden sich beispielsweise bei: EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487, N. 37 („für sich genommen [stellt es] kein den Wettbewerb einschränkendes Verhalten dar, wenn ein Unternehmen eine Beteiligung am Kapital eines Konkurrenzunternehmens erwirbt“); *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 20 ff., 32 und 42; BRECHBÜHL, S. 25, linke Spalte; BUNTE, § 1 N. 203 („§ 1 ist daher nicht ohne weiteres auf den Erwerb von Beteiligungen, auch nicht von Mehrheitsbeteiligungen, anwendbar“); KLEINMANN, S. 610 f.; LÜDER, S. 74 („Der Gerichtshof muss demgemäss auch eine deutliche Unterscheidung zwischen dem reinen Erwerb einer Kapitalbeteiligung an einem Konkurrenzunternehmen und damit ermöglichten potentiellen Vereinbarungen treffen“; „Der Erwerb der Kapitalbeteiligung selbst ist folglich nicht der Anknüpfungspunkt der Kartellkontrolle“).

⁸⁴⁶ Supra KAPITEL 5: D.

⁸⁴⁷ Ansatzweise Gedanken zur Trennung finden sich bereits in der Bekanntmachung der EU-Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1994 C 385/3 N. 17 („Wenn die Faktoren, die eine Beschränkung des Wettbewerbs herbeigeführt haben, von der Gründung des GU losgelöst betrachtet werden können, so sind erstere in Anwendung der Verordnung Nr. 17 zu prüfen und ist die Gründung des GU gemäss der Fusionskontrollverordnung zu beurteilen“), bei LOHSE, S. 90 und bei LÜDER, S. 77 („Die Trennbarkeit zwischen GU-Gründung und etwaiger Verhaltenskoordinierung sollte nach den Vorgaben des Konzentrationsmemorandums [mit Verweis auf N. 14 f. des Memorandums] auch der Normalfall sein“); MEESSEN, S. 907; SCHERF, S. 257. Vgl. auch Art. 2 Abs. 4 FKVO und Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 16.

⁸⁴⁸ Zur Ausnahme der sog. ancillary restraints vgl. infra KAPITEL 6: B.II.



Mittels einer entsprechenden separaten Rechtsfolgenanwendung wird die Möglichkeit einer **Gesamtbetrachtung** nicht vereitelt. Vielmehr werden lediglich die Rechtsfolgen *adäquat* auf die von deren jeweiligen Tatbeständen vorgesehenen Sachverhalte angewendet (Absorptionsausschluss durch eine konsequente Separation), ohne dabei jedoch die ganzheitliche Perspektive zu vernachlässigen. *Alle* rechtlich relevanten Untersachverhalte (also die einzelnen Elemente) von zusammengesetzten Sachverhalten werden jeweils in ihrem ganzen Zusammenhang – aber je mit anderen

Schwerpunkten – adäquat und effizient geprüft⁸⁴⁹. Das Argument der Gesamtbetrachtung spricht also nicht gegen eine konsequente Trennung⁸⁵⁰.

Das Mittel der Trennung nach den Tätigkeitsbereichen dient bei sog. zusammengesetzten Sachverhalten dazu, die einzelnen verstrickten Sachverhalte bei der Rechtsfolgenanwendung praktikabel zu identifizieren. Es *komplementiert* die (auf Tatbestandsebene vorgenommene) *Differenzierung zwischen den Anwendungsbereichen* von Struktur- und Verhaltenskontrolle konsequent, *unterstützt* – durch Beseitigung des Absorptionsproblems – *die Rechtssicherheit* und dient nicht

⁸⁴⁹ TSCHÄNI, S. 94, linke Spalte: „Die Kooperation in GU wird für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung *zerlegt* in vertragliche und körperschaftliche Bereiche und *isoliert* nach den entsprechenden Bestimmungen gewürdigt. Eine funktionsgerechte Prüfung der Joint Ventures kann jedoch nur erfolgen, wenn man den Vorgang in seiner *Gesamtheit* berücksichtigt“. Dazu gehört auch, dass zusammenhängende Sachverhalte bereits durch eine andere Kontrolle geprüft wurden bzw. noch werden. In gewissen Fällen kann die Gesamtbetrachtung dazu führen, dass es zu Ausnahmen der grundsätzlichen Absorptionsvermeidung kommt: *infra* KAPITEL 6: B.II und KAPITEL 6: A.II.2. Siehe auch bei SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 720, linke Spalte, i.V.m. S. 725, rechte Spalte.

⁸⁵⁰ Vielmehr beruht dieses Argument oftmals auf einem zu weiten Joint Venture-Verständnis. Darauf gestützt wird nicht selten auch behauptet, der Charakter eines Joint Ventures läge nicht genau bestimmbar irgendwo zwischen einem Vertrag und einem Zusammenschluss. Durch diese Behauptung wird immanent die Trennungsmöglichkeit zwischen der Joint Venture-Entstehung und den für den Anwendungsbereich der Verhaltenskontrolle bedeutenden Verhaltensformen ausgeschlossen. Zum Ganzen schon *supra* KAPITEL 1: B.III und beispielsweise: BUNTE, § 1 N. 203 („untrennbare Verbindung kooperativer und konzentrativer Elemente“); FUNKE, S. 8 ff.; LÜDER, S. 55 („GU-Gründung als einem einheitlichen Lebenssachverhalt“); STAUDENMEYER, S. 8 (in ihrer FN. 2). Solche Fehler behafteten und verwirrenden Deviationen – in der Regel anderer Rechtsordnungen – sind nicht ins schweizerische Recht zu rezipieren (dies allemal auch darum nicht, da sich der Vorgang einer Joint Venture-Entstehung klar und umfassend der Strukturkontrolle zuordnen lässt).

zuletzt auch einer konsequenten Anwendung des Strukturprivilegs⁸⁵¹. Wie sich diese **Trennung im Einzelnen ausgestaltet und umsetzt**, ist Gegenstand der weiteren Untersuchung: Zuerst werden die Vorhaben im Tätigkeitsbereich des künftigen Joint Ventures betrachtet (A). Anschliessend werden die Vorgänge in den verbleibenden Tätigkeitsbereichen der Mütter untersucht, wobei zwischen Abreden einerseits (B) und missbräuchlichen Verhaltensweisen (mindestens) einer marktbeherrschenden Mutter andererseits (C) differenziert wird.

⁸⁵¹ Durch die Trennung nach den Tätigkeitsbereichen wird nur der vom Tatbestand ausdrücklich erfasste Sachverhalt (also der Zusammenschluss) privilegiert und grundsätzlich nicht auch Sachverhalte, die für sich genommen unter die Verhaltenskontrolle fallen (Absorptionsbeseitigung). Gemäss dem Unterscheidungskriterium 'Erwerb gemeinsamer Kontrolle' werden Joint Venture-Entstehungen *ausschliesslich* vom Tatbestand der Strukturkontrolle erfasst, woraus ebenso Rechtssicherheit resultiert, wie schon bei FN. 751 zu sehen ist.

A. Vorhaben im Tätigkeitsbereich des künftigen Joint Ventures

I. Gegenstand

Zu den Vorhaben der Mutterunternehmen im Tätigkeitsbereich eines künftigen Joint Ventures zählt die Joint Venture-Entstehung. Diese ist der neuen Einordnungskonzeption zufolge ausschliesslich der Strukturkontrolle unterstellt. Darum lehnt sich auch der Begriff der Joint Venture-Entstehung nur an diese Kontrolle an und **definiert** sich ausschliesslich über deren Tatbestände. Weil diese Tatbestände – insb. der Erwerb gemeinsamer Kontrolle – bereits bei der Klärung, wie sich die *Anwendungsbereiche von Struktur- und Verhaltenskontrolle* im Einzelnen unterscheiden, konkretisiert werden, kann an dieser Stelle pauschal auf jene Ausführungen verwiesen werden⁸⁵².

II. Ausschliesslich erfasst von den Rechtsfolgen der Strukturkontrolle

1. Grundsatz

Wie schon aus der Einordnungsthese hervorgeht, werden der neuen Konzeption entsprechend grundsätzlich alle Joint Venture-Entstehungen ausschliesslich von den Rechtsfolgen der Zusammenschlusskontrolle betroffen. Denn die zentrale und weitreichende Bedeutung, welche komplexe Institutionen wie Joint Ventures resp. Unternehmen auf einem jeden Markt – und somit auch für den wirksamen Wettbewerb – inne haben, lässt es grundsätzlich nicht zu, dass deren Existenz (Bestand) nachträglich durch Anwendung einer Verhaltenskontrolle angezweifelt werden kann (wodurch übrigens auch ein Verstoss gegen das Strukturprivileg stattfinden würde)⁸⁵³. Das *Absorptionsproblem bei der Verhaltenskontrolle* wird damit *beseitigt*. Rechtssicherheit wird gefördert und Verhältnismässigkeit bleibt gewahrt⁸⁵⁴. So wird beispielsweise eine Diskriminierung kooperativer Vollfunktions-Joint Ventures gegenüber den gewöhnlichen Vollfunktions-Joint Ventures vermieden.

2. Ausnahme: aggressive Unternehmenszusammenschlüsse

Eine Ausnahme ist jedoch im Zusammenhang mit den sog. aggressiven Unternehmenszusammenschlüsse zu machen. Darunter ist die Fallkonstellation zu verstehen, in welcher ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung

⁸⁵² Supra KAPITEL 5: D.

⁸⁵³ SCHMIDT, Parteifähigkeit, S. 815. Die in diesem Zusammenhang bestehende Nähe zur *Spezialitätstheorie* erlaubt es, an dieser Stelle auch auf Anhänger jener Theorie zu verweisen: FN. 376 f. Die Verhaltenskontrolle ist (im Gegensatz zur Zusammenschlusskontrolle: Art. 37 Abs. 4 KG) gesetzlich nicht dafür ausgerüstet, Strukturänderungsvorgänge rückabzuwickeln, was des Weiteren gegen eine Auswirkung der Verhaltenskontrolle auf Joint Venture-Entstehungen spricht. Vgl. auch supra KAPITEL 2: B.II.

⁸⁵⁴ FN. 180.

missbräuchlich einsetzt, um ein anderes Unternehmen unter Zwang dazu zu bewegen, mit ihm ein Joint Venture zu gründen⁸⁵⁵.

Da die Strukturänderung diesfalls nicht auf dem freien Willen der Mütter basiert, sondern durch *Nötigung* bzw. *Zwang* zustande gekommen ist und diese Nötigung bzw. dieser Zwang somit eine notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen der Joint Venture-Entstehung darstellt, unterliegen hier die Interessen am Bestand des Joint Ventures dem Interesse an einem missbrauchsfreien wirksamen Wettbewerb. Darum rechtfertigt sich hier, dass die Verhaltenskontrolle die Joint Venture-Entstehung **absorbiert**, indem sich die *negativen* Rechtsfolgen für die missbräuchliche Verhaltensweise auch auf diesen Strukturänderungsvorgang auswirken⁸⁵⁶. Die Rechtsfolgen umfassen wegen der *Notwendigkeitsbeziehung* (ähnlich wie bei den ancillary restraints)⁸⁵⁷ – zwischen Missbrauch (Nötigung) und Joint Venture-Entstehung – das Joint Venture und *nicht* etwa weil der *Tatbestand* von Art. 7 KG auch Strukturänderungen erfassen würde; Letzteres ist gerade nicht der Fall. Durch das nötigende Verhalten wird die Handlungsfreiheit des unterliegenden Mutterunternehmens eingeschränkt und erst als Folge davon eine (unfreiwillige) Strukturänderung im Sinne eines Joint Ventures begangen. So wird nur die missbräuchliche Verhaltensweise *geprüft*, und nicht auch die Joint Venture-Entstehung selbst⁸⁵⁸. Die Joint Venture-Entstehung kann jedoch – bei einer *positiven* Rechtsfolge für entsprechende Verhaltensweisen – separat innerhalb der Zusammenschlusskontrolle geprüft werden.

⁸⁵⁵ MÖSCHEL, S. 764; NORDMANN, S. 85.

⁸⁵⁶ SCHMIDT, S. 722, linke Spalte, und S. 725, rechte Spalte.

⁸⁵⁷ Infra KAPITEL 6: B.II.

⁸⁵⁸ NORDMANN, S. 86 und 165; SCHMIDT, S. 722, linke Spalte, und S. 725, rechte Spalte.

B. Zusammenwirken der Partner in den Tätigkeitsbereichen, welche diesen wie bis anhin verbleiben

Von den bisherigen Vorhaben in den Tätigkeitsbereichen künftiger Joint Ventures (von Joint Venture-Entstehungen also) sind all jene Vorgänge zu unterscheiden, die in den wie bis anhin (oft alleine) **verbleibenden Tätigkeitsbereichen der Mutterunternehmen** stattfinden, was aus dem Entscheid *Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon* deutlich hervorgeht⁸⁵⁹. Kartellrechtlich relevant sind solche Vorgänge, wenn sie sich entweder in Form von missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (C) oder dann in Form von **Kooperationen** verwirklichen. Letztere stehen an dieser Stelle im Mittelpunkt.

Eine Kooperation bzw. Wettbewerbsabrede (im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG) ist grundsätzlich nur dort zu erwarten, wo mehrere der **Mütter** – untereinander – ihre Tätigkeitsbereiche in **gleichen** (horizontale Abreden) **oder angrenzenden** (vertikale Abreden) **Märkten** haben⁸⁶⁰. Die Verhaltensweisen in den verschiedenen Tätigkeitsbereichen werden diesfalls aufeinander abgestimmt.

Die **Mutterunternehmen** bleiben **bezüglich ihren Tätigkeitsbereichen** auch nach dem strukturändernden Vorgang – im Gegensatz zur Fiktion einer Teilfusion im deutschen Kartellrecht⁸⁶¹ – **voneinander wirtschaftlich unabhängig**, während ihnen jeweils alleine keine wirtschaftliche Selbständigkeit betreffend der Vorhaben im Tätigkeitsbereich des Joint Ventures (mehr) zukommt⁸⁶². Wegen der fortbestehenden wirtschaftlichen Unabhängigkeit in den Tätigkeitsbereichen der Mütter ist in diesen Bereichen eine Anwendung der **Kartellkontrolle** möglich; denn Wettbewerbsabreden

⁸⁵⁹ *Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon*, RPW 2001/4, S. 744 ff., N. 14: Im Zusammenhang mit der Joint Venture-Entstehung braucht „auf die anderen Tätigkeitsbereiche von Canal+ und RTL nicht eingegangen zu werden, weil sie auch nach dem Zusammenschluss unabhängig voneinander weitergeführt werden sollen“.

⁸⁶⁰ Analoge Gedanken finden sich in Art. 2 Abs. 4 FKVO (erster Spiegelstrich) und beispielsweise in den Entscheiden: *Bertelsmann/Planeta/Nuevas Ediciones de Bolsillo (NEB)*, COMP/JV.39, 28. Februar 2000, N. 23 ff.; *Chemag/Beiselen/BayWa*, COMP/JV.35, 1. Februar 2000, N. 21; *Sony/Time Warner/CDnow*, COMP/JV.25, 21. Dezember 1999, S. 4. Siehe auch KARTTE, S. 576.

⁸⁶¹ Hinsichtlich der Märkte, auf welchen die Joint Venture-Entstehung stattfindet, unterstellt das deutsche Gesetz den Müttern unwiderlegbar einen Teilzusammenschluss (wodurch die wirtschaftliche Selbständigkeit in diesen Märkten unter den Müttern untergeht): § 37 Abs. 1 Nr. 3 Satz 3 GWB; MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 67 und 74 ff. (insb. N. 74 in fine: „Vielmehr sind die Daten des GU und aller Muttergesellschaften zusammenzuziehen“); RUPPELT, § 37 N. 42. Siehe auch das weite Anwendungsverständnis der Zusammenschlusskontrolle bei MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 71: „Ferner ist nicht erforderlich, dass die Mütter des GU im Verhältnis zueinander wirtschaftlich selbständig sind“.

⁸⁶² *Groupe Canal+/RTL Group/Groupe Jean-Claude Darmon*, RPW 2001/4, S. 744 ff., N. 14; *Chronopost España*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 34; KARTTE, S. 576; SCHLUEP, S. 259 f. m.w.H. („**Der Satz vom Fortbestand der Freiheit bei gleichzeitiger Verwirklichung von Bindung ist der herrschenden Meinung Axiom**“; „Im Kooperationsfeld herrscht mithin grundsätzlich Bindung und daher keine Selbständigkeit [der Partner]“); TSCHÄNI, S. 95, linke Spalte. Zur fehlenden wirtschaftlichen Selbständigkeit des Joint Ventures: supra KAPITEL 5: D.I.3.

beschränken lediglich die marktbezogenen Handlungsfreiheiten, ohne die Marktstrukturen bzw. die wirtschaftlich selbständigen Einheiten zu verändern⁸⁶³.

Im Anschluss wird zuerst aufgezeigt, wie entsprechende Abreden (zusammengesetzter Sachverhalte) unter der neuen Einordnungskonzeption *generell* zu behandeln sind (I). Davon *ausgenommen* sind insb. die sog. ancillary restraints, welche abschliessend thematisiert werden (II)⁸⁶⁴.

I. Grundsätzliche Behandlung von Abreden im Zusammenhang mit einer Joint Venture-Entstehung

Kooperationen in den Tätigkeitsbereichen von Mutterunternehmen, die parallel zu einem Joint Venture geschlossen werden, wurden bis anhin grundsätzlich in folgende zwei Erscheinungsformen aufgeteilt: Zum einen in die sog. spill-over effects (2) und zum anderen in die gewöhnlichen Abreden, die keinen speziellen Bezug zum Joint Venture haben (1).

1. Abreden ohne speziellen Bezug zum Joint Venture

Regelmässig sind solche Wettbewerbsabreden explizit geregelt und finden sich häufig in Konsortialverträgen wieder⁸⁶⁵. Sie unterscheiden sich nicht von jenen Abreden, die auch vor oder nach der Joint Venture-Entstehung von diesem völlig unabhängig zwischen den Müttern geschlossen werden können. Sie werden von herkömmlichen Einordnungstheorien klarer und konsequenter geregelt als die noch zu behandelnden spill-over effects: Da diesen Kooperationen ein spezieller Bezug zur Joint Venture-Entstehung fehlt, unterstehen sie „**separat**“ – und insb. auch zeitlich von einer allfälligen Strukturkontrolle unabhängig – der Verhaltenskontrolle und ausschliesslich deren Rechtsfolgen⁸⁶⁶. Dadurch wird eine Absorption durch die Rechtsfolgen der Strukturkontrolle ausgeschlossen.

2. Spill-over effects

a. Gegenstand

Die spill-over effects – oder auch Gruppeneffekte genannt – sind im Verständnis der **bisherigen Auffassungen** jene Wettbewerbsbeschränkungen in den Tätigkeitsbereichen der Mütter, welche ***aus der Joint Venture-Entstehung als Zweck***

⁸⁶³ *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 32 (rechtsvergleichend verweisend auf den Entscheid des EuGH vom 17. November 1987, *Philip Morris*, Rs. 142 und 156/84, Slg. 1987, 4487 ff.; EuGH vom 21. Februar 1973). Dazu bereits die Gedanken in FN. 744. Vgl. auch die Hinweise bei supra KAPITEL 5: B.II.3 und KAPITEL 5: D.I.4.b.

⁸⁶⁴ Eine entsprechende Einteilung findet sich auch in der Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 16, oder bei ZURKINDEN, S. 226.

⁸⁶⁵ BECHTOLD/KLEINMANN, Einl. N. 113.

⁸⁶⁶ BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 121; DUCREY, S. 143; ZURKINDEN, S. 226 m.w.H.; Mitteilung der EU-Kommission über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl 1998 C 66/1, N. 16; a.M. noch LOHSE, S. 102 („das *Gesamtvertragswerk* [wird] an Art. 85 EWG-Vertrag geprüft“); ULMER, S. 444.

*oder als Wirkung resultieren (Kausalität)*⁸⁶⁷. Das Vorliegen dieses Bezugs wird insb. davon abhängig gemacht, ob zwei oder mehr Mutterunternehmen eine gleichzeitige Präsenz im Markt des Joint Ventures oder auf einem diesem vor-, nachgelagerten, benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt haben⁸⁶⁸. V.a. im EG-Recht wird wegen einer zeitgleichen und somit präventiven Prüfung mit der Strukturkontrolle weiter vorausgesetzt, dass die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Mutterunternehmen *wahrscheinlich und spürbar* ist⁸⁶⁹.

Einem solchen spill-over effects Verständnis kann nicht zugestimmt werden. Vielmehr wird **hier Folgendes vertreten**:

Die *Kausalität* ist nicht zwischen der jeweiligen Joint Venture-Entstehung und dem koordinierten Vorgehen in Tätigkeitsbereichen von Mutterunternehmen zu finden, sondern *zwischen einer Wettbewerbsabrede und diesem koordinierten Vorgehen in Tätigkeitsbereichen von Mutterunternehmen*⁸⁷⁰. Eine entsprechende Wettbewerbsabrede wird regelmässig nicht explizit, sondern *stillschweigend* durch konkludentes (schlüssiges) Verhalten parallel zur Strukturänderung (der Joint Venture-Entstehung) geschlossen⁸⁷¹. Nur diese Abrede stellt die eigentliche Ursache für die Auswirkungen bzw. spill-over effects in den besagten Tätigkeitsbereichen dar. Auslegungsmittel ist diesfalls kein Wortlaut, sondern der allgemeine Sinn eines *sozialtypischen Verhaltens*; des spill-over effects also⁸⁷². Entscheidend ist nur, dass das Zusammenwirken bewusst und gewollt ist⁸⁷³.

⁸⁶⁷ Art. 2 Abs. 4 FKVO; *Chemag/Beiselen/BayWa*, COMP/JV.35, 1. Februar 2000, N. 20 ff.; *Skandia/Storebrand/Pohjola*, IV/JV.21, 17. August 1999, N. 32; *Chronopost España*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 34; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 27 in fine; BECHTOLD, Erfahrungen aus der Praxis, S. 121; DUCREY, S. 144; EMMERICH, S. 264 und 273; FUNKE, S. 244 ff.; IMMENGA, S. 942 m.w.H. (Der Autor weist u.a. auch darauf hin, dass diese Erscheinung in Anlehnung an die Entscheidungspraxis der Hohen Behörde der EGKS als Gruppeneffekt bezeichnet wird [so auch zu finden bei TSCHÄNI, S. 94, linke Spalte, in seiner FN. 31]); KNÖPFLE, S. 656, linke Spalte; LOHSE, S. 90; LÜDER, S. 73; MESTMÄCKER/VEELKEN, § 36 N. 109; NORDMANN, S. 9; TSCHÄNI, S. 95, rechte Spalte; ZURKINDEN, S. 226. Vgl. dazu auch schon bei FN. 123 f.

⁸⁶⁸ Art. 2 Abs. 4 FKVO; IMMENGA, S. 942; LOHSE, S. 27 und 91; ULMER, S. 444. Siehe FN. 406.

⁸⁶⁹ Art. 2 Abs. 4 FKVO; *Chemag/Beiselen/BayWa*, COMP/JV.35, 1. Februar 2000, N. 20 ff.; *Skandia/Storebrand/Pohjola*, IV/JV.21, 17. August 1999, N. 32; *Chronopost España*, IV/JV.18, 1. Juni 1999, N. 34; FUNKE, S. 255 f.; KNÖPFLE, S. 656; LÜDER, S. 73; ULMER, S. 443 f. Vgl. des Weiteren auch bei SCHERRER, S. 333 f.; ZÄCH, N. 430.

Wird die Wahrscheinlichkeit zu weit verstanden, so kann dies im Zusammenhang mit herkömmlichen Überlegungen zum Joint Venture zu folgendem *Wertungsparadox* führen: Einerseits wird einem kontrollierten und somit *tatsächlich abhängigen* Unternehmen (nämlich dem Joint Venture) von einem nicht geringen Teil der Lehre (im Gegensatz zur hier vertretenen Meinung) die Fähigkeit zugesprochen, sich *selbständig* von den Mutterunternehmen verhalten zu können; andererseits ist von denselben Kreisen des Schrifttums nicht selten zu vernehmen, dass die *effektiv unabhängigen* Mutterunternehmen sich auf verbleibenden gemeinsamen Märkten grundsätzlich nicht voneinander selbständig verhalten.

⁸⁷⁰ Bekanntmachung der EU-Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl 1994 C 385/3 N. 18: „Das Bestehen eines *GU allein* würde nicht die Annahme rechtfertigen, dass die Gründer ihr Vorgehen in bezug auf diese Tätigkeiten koordinieren“; BRECHBÜHL, S. 25, linke Spalte; SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 723, linke Spalte (vgl. schon supra in FN. 743 m.w.H.).

⁸⁷¹ *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 18: „Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig“.

⁸⁷² GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 1211.

⁸⁷³ Botschaft 1994, S. 78; *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 18 f. und 23.

Nicht einsehbar ist, weshalb ausgerechnet auf Märkten, die mit dem *Markt*, auf welchem das *Joint Venture* tätig ist, verwandt sind, vermehrt solche Effekte stattfinden sollen⁸⁷⁴. Genauso gut kann parallel zur Joint Venture-Entstehung eine (stillschweigende) Abrede geschlossen werden, die sich auf einem dem Joint Venture fremden Markt, wo mehrere der Mutterunternehmen tätig sind, auswirken. Dass solche Abreden nun plötzlich klar vom Strukturänderungsvorgang trennbar seien, während jene Abreden, die sich auf verwandten Märkten des Joint Ventures auswirken, nur wegen dieser Nähe nicht trennbar seien⁸⁷⁵, ist nicht nachvollziehbar. Treffen sich beispielsweise zwei Unternehmensvertreter in einem Restaurant, um dort ihr künftiges Verhalten auf gemeinsamen Märkten zu koordinieren, so wird kaum jemand daran denken, bei einem Verstoss der Koordinierung gegen die Kartellkontrolle gleich auch das Restaurant abzureissen. Dasselbe muss gelten, wenn sie eine Vereinbarung über das Gastgewerbe schliessen⁸⁷⁶.

In diesem Sinne kann darauf verwiesen werden, was FUNKE festhält: „Die von der Kommission insbesondere bei JV-Vereinbarungen zwischen Konkurrenten gehegte Befürchtung, die Gründer könnten das JV als Forum benutzen, um wettbewerbsbeschränkende Absprachen zu treffen, ist nicht neu. Bereits im achtzehnten Jahrhundert stellte *Adam Smith* fest, dass Geschäftsleute des gleichen Gewerbes selbst zu Festen und Zerstreung selten zusammenkommen, ohne dass das Gespräch in einer Verschwörung gegen die Öffentlichkeit endet oder irgendein Plan zur Erhöhung der Preise ausgeheckt wird. *Um wettbewerbsbeschränkende Absprachen zu treffen, bedarf es allerdings keines JV. Auch heutzutage mangelt es nicht an Anlässen, bei denen sich Wettbewerber treffen können, ohne den vergleichsweise mühsamen Weg einer JV-Gründung einschlagen zu müssen*“⁸⁷⁷. Insofern ist eine konsequente Zweiteilung (wie sie korrelat auch das Gesetz durch verschiedene Tatbestände bei den Kontrollen vorsieht) bei zusammengesetzten Sachverhalten durchaus naheliegend. Stets sind die spill-over effects auf eigenständige, meist stillschweigende und übereinstimmende Willensbekundungen, die bei Gelegenheit einer Joint Venture-Entstehung abgegeben wurden, zurückzuführen. Aus der Natur des strukturändernden Vorgangs gehen keine entsprechenden Wirkungen aus auf die gemeinsamen Märkte von Müttern⁸⁷⁸. Das Joint Venture kann zwar die Plattform bzw. eine Gelegenheit für solche begleitenden Abreden bieten, es verstärkt aber mangels Kausalität nicht die Möglichkeit, dass – insb. in naheliegenden Märkten – entsprechende kooperativen Verhaltensweisen unter den Mutterunternehmen

⁸⁷⁴ Nicht zu verwechseln ist die hier untersuchte Beurteilung in den verbleibenden Tätigkeitsbereichen der Mutterunternehmen mit den Feststellungen bezüglich den Auswirkungen von horizontalen, vertikalen und konglomerale Joint Ventures (supra KAPITEL 1: C.I). Letztere spielen sich ausschliesslich im Tätigkeitsbereich des Joint Ventures ab und stellten keine Abreden sondern Strukturänderungen dar.

⁸⁷⁵ Dazu auch schon in der FN. 850.

⁸⁷⁶ Haben beiden Parteien das Restaurant im Sinne eines Joint Ventures gegründet, so stellt das Restaurant weiterhin bloss eine Gelegenheit (von vielen) zum Abschluss von Wettbewerbsabreden dar. Der Gründungsvorgang ist (eigenständig) u.U. unter der Strukturkontrolle zu prüfen. Die reine Gelegenheit zum Abschluss einer Wettbewerbsabrede ist aber für sich genommen – als Zustand – unbedenklich (vgl. dazu sogleich FUNKE, S. 255).

⁸⁷⁷ FUNKE, S. 255 m.w.H.

⁸⁷⁸ Es fehlt in dieser Beziehung bereits am natürlichen Kausalzusammenhang, da die Joint Venture-Entstehung für die spill-over effects keine *conditio sine qua non* darstellt. Analoge Gedanken finden sich auch bei den Abklärungen zur failing company defence: supra KAPITEL 1: C.IV.

stattfinden. Die Möglichkeit zum Abschluss solcher Abreden bzw. zu solchen Wirkungen besteht auch ohne das Joint Venture – deren Gründung ohnehin einen viel zu beschwerlichen Weg für eine Abrede darstellt.

Für eine hier vertretene, konsequente Zweiteilung bei zusammengesetzten Sachverhalten sprechen des Weiteren auch die Zweifel an der hypothetischen Komponente (*Wahrscheinlichkeit*) beim bisherigen Verständnis. Die Vorverlegung der Kontrolle von in aller Regel *versteckten*⁸⁷⁹ Abreden auf einen Zeitpunkt, bevor sich diese überhaupt auswirken, führt zu unverantwortbaren *Spekulationen*. Dies v.a. deswegen, da das wichtigste Auslegungsmittel, ob und wie eine solche Abrede überhaupt stattfindet – nämlich die spill-over effects als Ausdruck *sozialtypischen Verhaltens* –, zu diesem Zeitpunkt (noch) gar nicht vorhanden ist⁸⁸⁰. Das Fehlerrisiko wird erhöht⁸⁸¹. Die untersuchenden Behörden sind gezwungen, sich mehr oder weniger willkürlich und zufällig für oder gegen das Vorliegen einer Abrede zu entscheiden⁸⁸². Eine präventive Kontrolle solcher Abreden widerspricht nicht zuletzt auch der Tatsache, dass diese meist heimlich stattfinden.

Ratsamer ist es, mittels der eigens dafür vorgesehenen *repressiven* Kartellkontrolle gegen sich verwirklichte Abreden separat vorzugehen und somit dem zeitlichen Unterschied von Geschehnissen bzw. der eigentlichen zeitlichen Ausrichtung der Kartellkontrolle Rechnung zu tragen⁸⁸³. Dabei fällt die gezeigte hypothetische Komponente weg und die Natur der Kartellkontrolle wird beachtet. Dies fördert die Rechtssicherheit auf Ebene des Anwendungsbereichs des KG und vermindert das Fehlerrisiko, das eine ex ante Beurteilung in sich birgt⁸⁸⁴.

⁸⁷⁹ STOFFEL, Wettbewerbsabreden, S. 21. Vgl. schon bei FN. 267.

⁸⁸⁰ FN. 872.

⁸⁸¹ Sinngemäss: BORER, Art. 10 N. 15; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 27; HOFFET/HOEHN, S. 233, mittlere Spalte.

⁸⁸² KNÖPFLE, S. 656 („Es erschiene *willkürlich*, die Behandlung des GU als Kartell davon abhängig zu machen, ob – oft mehr oder minder *zufällig* – die erwähnten Wirkungen eintreten“). Sinngemäss auch FUNKE, S. 254 ff.

⁸⁸³ DUCREY, S. 144 (v.a. in seiner FN. 44), der sich dafür ausspricht, dass eine präventive Kontrolle zusammen mit der Zusammenschlusskontrolle für Koordinierungswirkungen kaum möglich ist; ZURKINDEN, S. 158: „Verfahren der Verhaltenskontrolle sind nach den für sie geschaffenen Verfahrensregeln und zu dem Zeitpunkt durchzuführen, in welchem genügend Anhaltspunkte für eine befriedigende Beurteilung vorhanden sind. Eine gleichzeitige Beurteilung der Gründung von konzentrativen GU auf mögliche Koordinierungsgefahren – und dies alles im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens – ist nach dem KG auf alle Fälle zu vermeiden. Sie würde nicht nur den dogmatischen Grundsätzen der Trennung zwischen Verhaltens und Strukturkontrolle, sondern auch der Systematik des KG widersprechen“; a.M. SCHERRER, S. 333 f.; ZÄCH, N. 430. Vgl. bereits FN. 368.

Aus verfahrensökonomischen Gründen kann dann etwas anderes gelten, wenn ausnahmsweise (zum Grundsatz: FN. 879) ein festgehaltener *Wortlaut* als Auslegungsmittel bzw. als Nachweis für den Bestand und Gehalt einer Abrede vorliegt. Diesfalls kann beim Vorliegen klarer Verhältnisse auch *präventiv* eine Kartellkontrolle stattfinden; insb. auch parallel zu einer allfälligen Zusammenschlusskontrolle (wo die Joint Venture-Entstehung geprüft wird). Nur in diesem Sinne kann die Stelle im Entscheid *JC Decaux/Affichage*, RPW 2001/2, S. 306 ff., N. 44 (und HOFFET, Art. N. 57), verstanden werden.

⁸⁸⁴ Sinngemäss bei BORER, Art. 10 N. 15 (Der darauf hinweist, dass bei Unsicherheiten eher auf die repressive Kontrolle zu setzen ist [in jenem Zusammenhang auf Art. 7 KG]: „*Prognoseunsicherheiten dürfen auf keinen Fall durch eine interventionistische Überreaktion kompensiert werden*“), HOFFET, S. 48 und HOFFET/HOEHN, S. 233, mittlere Spalte (m.w.H.), festgehalten.

Gegen die bisherige Auffassung, welche v.a. auf den Gedanken des **EG-Rechts** beruht, ist auch der rechtliche Umstand einzuwenden, dass dem **KG** eine **analoge Regelung zu Art. 2 Abs. 4 FKVO fehlt**⁸⁸⁵. Die Überlegungen, die im EG-Recht aus dieser Bestimmung fliessen, können nicht ohne weiteres auf die schweizerische Rechtsordnung übernommen werden. Dies betrifft insb. die bisherigen Gedanken zur Kausalität – hier v.a. die Gedanken zu verwandten Märkten – und zur Wahrscheinlichkeit. Grundlagen für eine verfahrensrechtliche Fristenangleichung der Kontrollen sucht man im schweizerischen KG also vergebens. Der bisherigen spill-over effects Auffassung läuft es schliesslich auch zuwider, dass in der **Rechtspraxis zu Art. 2 Abs. 4 FKVO bis heute keine Fälle bekannt sind, wo spill-over effects** parallel zu einer Strukturkontrolle tatsächlich festgestellt und **verboten** wurden⁸⁸⁶. Der Art. 2 Abs. 4 FKVO erscheint darum als **unpraktikabel**.

Weiter ist zu beachten, dass im **deutschen Kartellrecht** eine teilweise Erfassung der spill-over effects mittels der Strukturkontrolle nur deshalb stattfindet, da dort eine Fiktion gesetzlich vorgesehen ist⁸⁸⁷. Auch diese Regelung ist der schweizerischen Kartellrechtsordnung fremd und ist deshalb nicht zu übernehmen.

b. Ausschliesslich erfasst von den Rechtsfolgen der Verhaltenskontrolle

Die logische Konsequenz der vorausgehenden Überlegungen zur Trennung (Trennung zusammengesetzter Sachverhalte nach den jeweiligen Tätigkeitsbereichen) liegt darin, dass spill-over effects separat und ausschliesslich von den Rechtsfolgen der Kartellkontrolle erfasst werden. Eine *Absorption durch die Rechtsfolgen der Strukturkontrolle wird damit ausgeschlossen* (dies *ergänzt* den Absorptionsausschluss bei der Verhaltenskontrolle⁸⁸⁸ und führt zu einer klaren Trennung) und die Umgehung der strengeren Bestimmungen der Verhaltenskontrolle konsequenterweise verunmöglicht⁸⁸⁹. Somit gilt für die spill-over effects dasselbe, was für die 'Abreden ohne speziellen Bezug zum Joint Venture' grundsätzlich als selbstverständlich erscheint.

Zu klären bleibt, wie eine solche separate Anwendung der Rechtsfolgen auf zusammengesetzte Sachverhalte **umzusetzen** ist. Die Schwierigkeit liegt hier weniger bei den positiven als bei den negativen Rechtsfolgen: Wie ist beispielsweise mit dem Rest eines zusammengesetzten Sachverhalts zu verfahren, wenn eine begleitende Abrede gegen die Kartellkontrolle verstösst, während die strukturändernden Elemente (Zusammenschluss) rechtskonform sind⁸⁹⁰? Grundsätzlich kann die von der Abrede trennbare Folge einer Strukturänderung problemlos weiterbestehen. Andernfalls kann uns ein Blick ins allgemeine Privatrecht weiterhelfen: *Sinngemäss* gelten dann für Sachverhalte, bei welchen eine Strukturänderung zeitgleich mit einer rechtswidrigen

⁸⁸⁵ Supra KAPITEL 4: A (insb. in FN. 406).

⁸⁸⁶ <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/index/by_dec_type_art_8_3.html> (Stand: August 2002, besucht am 2. September 2002)

⁸⁸⁷ Zur Fiktion: FN. 861. MESTMÄCKER/VEELKEN, § 37 N. 67; RUPPELT, § 37 N. 42.

⁸⁸⁸ Supra KAPITEL 6: A.II.1.

⁸⁸⁹ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 81. Zur Umgehung siehe bereits FN. 388.

⁸⁹⁰ Generelles zur negativen Rechtsfolge der Kartellkontrolle und deren umstrittenen Wirkung (ex tunc bzw. ex nunc): FN. 274.

Wettbewerbsabrede vorgenommen wird, die Gedanken zur Teilnichtigkeit bzw. Restgültigkeit bezüglich des verbleibenden Tätigkeitsbereichs der Partner, ebenso wie die Gedanken zur modifizierten Teilnichtigkeit (Umsetzung der Verhältnismässigkeit)⁸⁹¹. Vordergründig ist dabei aber nicht der Parteiwille, sondern der *wirksame Wettbewerb*, der immanent auch die Interessen von *Dritten*⁸⁹² trägt, die sich auf den *Bestand* des sog. Restes, also des Joint Ventures verlassen können wollen⁸⁹³. Im Lichte dieser Gedanken ist das Argument der Untrennbarkeit von einzelnen Elementen bei zusammengesetzten Sachverhalten auch auf Ebene der Rechtsfolgen nicht nachvollziehbar.

3. Überflüssige Unterteilung

Den vorausgehenden Ausführungen zu den spill-over effects zufolge kann auf eine Zweiteilung bei den Kooperationen *innerhalb* der Tätigkeitsbereiche von Mutterunternehmen ohne weiteres verzichtet werden. Ohne Unterscheidung werden alle Wettbewerbsabreden in diesen Bereichen gleich behandelt. Für das schweizerische Kartellrecht gilt dies um so mehr, als diesem eine entsprechende Regelung gemäss Art. 2 Abs. 4 FKVO fehlt⁸⁹⁴.

II. Ausnahme: ancillary restraints

Eine **Ausnahme** der separaten Behandlung – bezüglich der Erfassung und der Rechtsfolgen – begleitender Abreden bei zusammengesetzten Sachverhalten gilt bei den sog. ancillary restraints (Nebenabreden). Dabei handelt es sich um Wettbewerbsabreden, die eine besondere Beziehung zum Joint Venture haben. Sie sind für die Verwirklichung des Joint Ventures *notwendig*, weshalb sie **dasselbe rechtliche Schicksal teilen, wie die Strukturänderung**⁸⁹⁵. Insofern tritt der Anwendungsbereich

⁸⁹¹ Entsprechende Überlegungen zur Teilnichtigkeit finden sich auch bei: Art. 13 lit. a KG (wo der Verhältnismässigkeit Ausdruck verliehen wird); BUNTE, Art. 81 N. 209; SCHMIDT, S. 308 ff.; SCHMIDT, Parteifähigkeit, S. 815 m.w.H.; SCHMIDT, Zivilprozesse, S. 8; TERCIER, Contrats, S. 28; ZÄCH, Rückabwicklung, S. 56 f. (insb. S. 57 in fine: „Dass die Teilnichtigkeit im Kartellrecht Verwendung finden kann, bedarf keiner besonderen Erläuterung“); ZIMMER, § 1 N. 328. Zur privatrechtlichen Perspektive (eine privatrechtliche Anlehnung scheint naheliegend, da die kartellrechtliche „Rechtsfolge der Unzulässigkeit sowohl verwaltungsrechtlich als auch zivilrechtlich von Bedeutung ist“ [BORER, Art. 5 N. 37]) beispielsweise GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 687c und 689 ff. (Zur *objektiven Voraussetzung* der Teilnichtigkeit: Der Mangel ist bei *zusammengesetzten* Sachverhalten in der geschilderten [kartellrechtswidrigen] Konstellation stets ein *Teilmangel*. Zur subjektiven Voraussetzung: FN. 893).

⁸⁹² Zur Problematik der sog. Dritten schon supra KAPITEL 2: B.II.

⁸⁹³ Die *subjektive Voraussetzung* der Teilnichtigkeit, der sog. hypothetische Parteiwille (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N. 689 und N. 699 ff.) wird *ersetzt* durch diese *objektivierte Voraussetzung*; nämlich den wirksamen Wettbewerb. Vgl. v.a. auch die Gedanken bei FN. 281.

Beim 'unreinen' **Kartellorgan** (dazu supra KAPITEL 5: D.I.4.b) wird die Abrede durch die Verhaltenskontrolle erfasst, womit der Zweck zur Gründung des Joint Ventures dahin fällt. In Anbetracht der Wertung, dass die Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr bezüglich des Bestands eines – mit der Zusammenschlusskontrolle vereinbaren – Joint Ventures den Interessen der Mütter am Untergang des bloss zur Verdeckung gegründeten Joint Ventures überwiegt, wird das Joint Venture durch das KG nicht in seinem Bestand bedroht. Vgl. auch die entsprechenden Gedanken bei SCHMIDT, Zivilprozesse, S. 8.

⁸⁹⁴ Supra KAPITEL 4: A.

⁸⁹⁵ Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2, 2. Satz FKVO und Erwägungsgrund 25 der FKVO; Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABl 2001 C 188/5 N. 1 und 6; *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff.,

der Kartellkontrolle zugunsten der (eine notwendige Verhaltensweise absorbierenden) Zusammenschlusskontrolle zurück⁸⁹⁶.

Zur Anforderung der **unmittelbaren Verbundenheit** wird in Praxis und Lehre generell wenig ausgeführt. Dies mag damit zusammenhängen, dass diese Anforderung in der ebenso vorausgesetzten Notwendigkeit im Grunde schon mit enthalten ist. Immerhin kann festgehalten werden, dass es für die unmittelbare Verbundenheit noch nicht genügt, wenn eine Abrede bloss in derselben Zeit oder demselben Zusammenhang (in dem die Joint Venture-Entstehung stattfindet) geschlossen wird⁸⁹⁷.

Unter der **Notwendigkeits**voraussetzung wird verstanden, dass ohne die Abrede eine Joint Venture-Entstehung entweder gar nicht oder nur unter ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte⁸⁹⁸. „Vereinbarungen mit dem Ziel, den übertragenen Vermögenswert zu erhalten, die Versorgungssicherheit nach Auflösung einer bestehenden wirtschaftlichen Einheit zu gewährleisten oder den Start einer neuen Einheit zu ermöglichen, erfülle in der Regel diese Anforderungen“⁸⁹⁹. Als typische Beispiele für ancillary restraints können Wettbewerbsverbote – also Vereinbarungen, wonach es Müttern verboten ist, mit dem Joint Venture in Wettbewerb zu treten, solange sie Anteile an dem Joint Venture halten – und Lizenzvereinbarungen erwähnt werden⁹⁰⁰. Bei der Notwendigkeit ist insb. die Verhältnismässigkeit hinsichtlich der Geltungsdauer sowie des sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs einer einschränkenden Abrede zu beachten⁹⁰¹. Die Notwendigkeit einer Abrede wird bei Vollfunktions-Joint Ventures eher zu bejahen sein als bei Teilfunktions-Joint Ventures. Denn bei Letzteren wird der Zweck begleitender Abreden grundsätzlich auf die den Müttern verbleibenden Haupttätigkeiten zurückzuführen sein und nicht auf die Hilfsfunktionen des Joint Ventures⁹⁰².

N. 77 ff.; DUCREY, S. 143; HOFFET, Art. 5 N. 138; KARTTE, S. 577; SCHERRER, S. 334; VENTURI, S. 30 f.; ZÄCH, EU, S. 239 und 318; ZURKINDEN, S. 226.

Von den ancillary restraints ist insb. die funktionsnotwendige Koordinierung innerhalb des Joint Ventures zu unterscheiden: FN. 504 (im zweiten Abschnitt).

⁸⁹⁶ SCHMIDT, Europäische Fusionskontrolle, S. 725, rechte Spalte („Immanenztheorie“); ZÄCH, EU, S. 239.

⁸⁹⁷ Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABI 2001 C 188/5 N. 7.

⁸⁹⁸ Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABI 2001 C 188/5 N. 8; *Vodafone/BT/Airtel JV*, COMP/M.1863, 18. Dezember 2000, N. 20; *FreeCom/Dangaard*, COMP/JV.26, 1. Dezember 1999, N. 30; VENTURI, S. 31.

⁸⁹⁹ Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABI 2001 C 188/5 N. 8 m.w.H.; *Goldman Sachs/Messer Griesheim*, COMP/M.2227, 20. März 2001, N. 11; *Cargill/Banks*, COMP/M.2330, 9. März 2001, N. 30; *MMP/AFP*, IV/M.1442, 3. März 1999, N. 17; *Valeo/ITT Industries*, IV/M.1245, 30. Juli 1998, N. 59.

⁹⁰⁰ *TXU Europe/EDF London Investments*, COMP/JV.36, 3. Februar 2000, N. 53; *FreeCom/Dangaard*, COMP/JV.26, 1. Dezember 1999, N. 29. Näheres in der Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABI 2001 C 188/5 N. 13 ff. und 35 ff., und bei DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 42 f.; VENTURI, S. 30; ZÄCH, N. 279; ZÄCH, EU, S. 239 und 318.

⁹⁰¹ Bekanntmachung der EU-Kommission über Nebenabreden, ABI 2001 C 188/5 N. 9; DUCREY/DROLSHAMMER, Art. 10 N. 40; VENTURI, S. 31; ZÄCH, N. 279.

⁹⁰² Wird zwischen Mutterunternehmen z.B. abgemacht, dass das Teilfunktions-Joint Venture die gemeinsame Verteilung übernehmen soll und gleichzeitig eine Marktaufteilung stattfindet, so ist in der Übergabe der Verteilung auf das Joint Venture die Strukturänderung zu sehen und in der Marktaufteilung eine (für die Existenz des Joint Ventures) *unnötige* Abrede zwischen den Müttern.

C. Missbräuchliches Verhalten im verbleibenden Tätigkeitsbereich eines marktbeherrschenden Partners

In den *Tätigkeitsbereichen, welche den Mutterunternehmen wie bis anhin verbleiben*, kann nicht nur eine Koordinierung sondern (seltener) auch ein missbräuchliches Verhalten im Sinn von Art. 7 KG stattfinden. Dies setzt voraus, dass eine Mutter die Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens einnimmt. Für solche – das Joint Venture begleitenden – Verhaltensweisen (im Rahmen von zusammengesetzten Sachverhalten) gilt **sinngemäss** und grundsätzlich dasselbe wie für den Fall, wo eine Abrede gemäss Art. 5 KG in diesen Tätigkeitsbereichen geschlossen wird⁹⁰³.

⁹⁰³ Supra KAPITEL 6: B.I.

KAPITEL 7: Konzeptverträglichkeit mit der bisherigen Praxis der Weko

Abschliessend ist zu zeigen, inwieweit die neue Einordnungskonzeption bereits heute mit der noch relativ neuen⁹⁰⁴ schweizerischen Wettbewerbspraxis vereinbar ist, wozu nebst den schon eingearbeiteten Fällen folgende Besonderheiten zu beachten sind:

Im bis heute wichtigsten Fall betreffend der Einordnungsfrage von Joint Ventures, dem **Rätia Energie AG-Entscheid**, bezieht die Weko erstmals Stellung, wie zusammengesetzte Sachverhalte im schweizerischen Recht (v.a. bezüglich den ancillary restraints und den spill-over effects) zu behandeln sind⁹⁰⁵. Dabei unterscheidet sie mehr oder weniger konsequent den Strukturänderungsvorgang vom Anwendungsbereich der Verhaltenskontrolle. Bei den Rechtsfolgen äussert sich diese *Unterscheidung* darin, dass die Weko – basierend auf den *Tätigkeitsbereichen* (entsprechend der neuen Einordnungskonzeption) – eine *Absorption der Wettbewerbsabreden durch die Rechtsfolgen der Zusammenschlusskontrolle grundsätzlich ablehnt* und nur ausnahmsweise, im Falle der ancillary restraints, zulässt: „Fraglich ist noch, ob das Vorhaben Anlass zu einer wettbewerbsrechtlich relevanten Koordinierung der *Aktivitäten* der Beteiligten, insb. *der Partner, ausserhalb* des vertraglich festgelegten Kooperationsgegenstandes geben wird. [...] Diese Koordinierung erfährt [im Gegensatz zu den ancillary restraints] *keine Legalisierung* durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid“⁹⁰⁶.

Weiter deuten Ausführungen der Weko darauf hin, dass begleitende Abreden grundsätzlich in einem *separaten und repressiven Verfahren* zu prüfen sind: „Sie bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Artikel 5 KG, u.U. im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren. [...] Eine solche Koordination könnte eine bereits bestehende marktbeherrschende Stellung verstärken oder als Wettbewerbsabrede unter Artikel 5 KG fallen“⁹⁰⁷. Unklar bleibt weiterhin, ob die Weko bei einer nachträglichen und separaten Verhaltenskontrolle die Rechtsfolgen auch auf die Strukturänderung im Sinne einer Absorption angewendet wissen will oder nicht.

Auch wenn die in dieser Arbeit vorgestellte Einordnungskonzeption neu und in ihrer reinen Form in der Praxis noch nicht zur Anwendung gekommen ist, so ist sie

⁹⁰⁴ So weist DUCREY, S. 148, darauf hin, dass es beispielsweise „zu einer materiellen Beurteilung von Nebenabreden [...] in der bisherigen schweizerischen Praxis noch nicht gekommen“ ist.

⁹⁰⁵ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 77 ff. und 80 ff. Zur fehlenden Stellungnahme der Weko zu dieser Problematik vor dem *Rätia Energie AG-Entscheid*: SUTER DEPLAZES, S. 178. Vgl. auch die Bemerkung im OECD Bericht, RPW 2002/1, S. 199: „A noter par ailleurs, que l’affaire Rätia Energie AG constitue le premier cas dans lequel la Comco a analysé une opération de concentration sur le plan des ‘spill-over effects’ et des ‘ancillary restrictions’“.

⁹⁰⁶ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 80 f. und 78; DUCREY, S. 144.

⁹⁰⁷ *Rätia Energie AG*, RPW 2000/2, S. 235 ff., N. 78 und 80.

zumindest mit der bisherigen schweizerischen Praxis nicht unvereinbar, weshalb einer allfälligen künftigen Anwendung nichts im Wege steht.

KAPITEL 8: Fazit

Joint Venture-Entstehungen sind Vorgänge, welche allesamt ausschliesslich Strukturänderungen darstellen. Sie charakterisieren sich durch den Erwerb einer gemeinsamen Kontrolle über Marktressourcen. Dadurch unterscheiden sie sich gleichzeitig von den Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und den missbräuchlichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen gemäss Art. 7 KG, wo jeweils lediglich die marktbezogene Handlungsfreiheit konstant bleibender Unternehmen eingeschränkt wird. Als reine Strukturänderung fallen sämtliche Joint Venture-Entstehungen grundsätzlich – sofern auch die entsprechenden Aufgreifkriterien erfüllt sind – unter die Zusammenschlusskontrolle. Wird die Joint Venture-Entstehung von Wettbewerbsabreden oder missbräuchlichen Verhaltensweisen dominanter Unternehmen begleitet (zusammengesetzter Sachverhalt), die sich in den den Müttern verbleibenden Tätigkeitsbereichen abspielen, gelten folgende Eigenheiten: Strukturänderungen werden in gleicher Weise vom *Anwendungsbereich* der Zusammenschlusskontrolle erfasst; Verhaltensweisen im Sinne der Art. 5 und 7 KG werden separat durch den *Anwendungsbereich* der Verhaltenskontrolle erfasst. Letztere werden in der Regel auch ausschliesslich von den *Rechtsfolgen* der Verhaltenskontrolle betroffen, womit diesseitige Absorptionen (durch die Rechtsfolgen der Strukturkontrolle) grundsätzlich ausgeschlossen werden. Eine Ausnahme gilt für Abreden im Sinne der ancillary restraints, welche – insb. wegen ihrer Notwendigkeit – dasselbe Schicksal teilen wie die Joint Venture-Entstehung (Absorption). Die Joint Venture-Entstehung wird in der Regel nur von den *Rechtsfolgen* der Strukturkontrolle betroffen (grundsätzlicher Absorptionsausschluss für Strukturänderungen durch die Rechtsfolgen der Verhaltenskontrolle). Dies gilt jedoch nicht für die sog. aggressiven Unternehmenszusammenschlüsse. Daraus entstehende Joint Ventures müssen – wegen dem Nötigungsmoment im Verhalten einer marktbeherrschenden Mutter – im Falle von negativen Rechtsfolgen für das missbräuchliche Verhalten dasselbe Schicksal teilen wie die Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

Diese neue Einordnungskonzeption trennt konsequent und effizient die kontrollspezifischen Sachverhalte bzw. die (regelmässig zeitlich voneinander unabhängigen) Verfahren der Struktur- und der Verhaltenskontrolle. Die Joint Venture-Entstehung kann ihrer Natur nach nur durch die Strukturkontrolle und nicht auch durch die Verhaltenskontrolle erfasst werden, so dass nach dem Fristablauf der Strukturkontrolle über den Bestand des Strukturänderungssachverhalts grundsätzlich Rechtssicherheit herrscht. Eine solche konsequente (das Absorptionsproblem generell lösende) Trennung rechtfertigt sich v.a. aufgrund der gesetzlichen Privilegierung der Strukturkontrolle gegenüber der Verhaltenskontrolle. Von diesem Privileg müssen – um einen Wertungskonflikt bzw. eine Ungleichbehandlung zu vermeiden – ebenso jene Joint Ventures profitieren, welche nur Teilfunktionen inne haben. Denn auch bei dieser Joint Venture-Art sind alle Charaktereigenschaften einer Strukturänderung gegeben. Da Teilfunktions-Joint Ventures nun aber das gesetzlich verlangte Vollfunktionskriterium – das im schweizerischen Recht als eine Art Aufgreifkriterium

bzw. Schwellenwert verstanden werden kann – nicht erfüllen, sind sie für den Wettbewerb als ungefährlich zu betrachten und werden vorzeitig aus dem Prüfverfahren ausgeschlossen (allfällige – solche Joint Venture begleitenden – Abreden können aber ohne weiteres von der Kartellkontrolle – separat vom Joint Venture – erfasst werden). Nicht zuletzt wird durch die neue Einordnungskonzeption auch die Schwierigkeit bei der Verhaltenskontrolle mit der „Vielgestaltigkeit von wirtschaftlichen Koordinationsprozessen“⁹⁰⁸ entschärft. Denn im Endeffekt wird die (insb. Teilfunktions-) Joint Venture-Entstehung dem Einflussbereich der Kartellkontrolle vollständig entzogen.

Die neue Einordnungskonzeption ist – wegen der Ausnahme für ancillary restraints und aggressive Unternehmenszusammenschlüsse – genauso wenig wie die herkömmlichen Einordnungstheorien eine reine Einordnungsvariante im oben dargestellten Sinn⁹⁰⁹. Sie hat ansatzweise durchaus *Ähnlichkeit* zu herkömmlichen Einordnungstheorien so v.a. zur – konsequenten – Spezialitätstheorie resp. zum letzten Alternativvorschlag im Grünbuch⁹¹⁰ (insb. bezüglich der ausschliesslichen Unterstellung von Joint Venture-Entstehungen unter die Strukturkontrolle), zur Trennungstheorie (insb. bezüglich der Behandlung begleitender Verhaltensweisen im verbleibenden Tätigkeitsbereich der Mütter) und zur Doppelkontrolle i.w.S. (insb. bezüglich der aggressiven Unternehmenszusammenschlüsse). Da die neue Einordnungskonzeption aber alle Joint Venture-Entstehungen grundsätzlich derselben Kontrolle unterstellt und gleichzeitig das Absorptionsproblem beseitigt, ist sie konsequenter als herkömmliche Einordnungstheorien.

⁹⁰⁸ BORER, Art. 5 N. 3.

⁹⁰⁹ Supra KAPITEL 3: A.

⁹¹⁰ Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 109 (vgl. schon bei der FN. 788).

KAPITEL 9: De lege ferenda

Auch wenn eine **Gesetzesänderung** für die Anwendung der neuen Einordnungskonzeption im schweizerischen Recht – im Gegensatz beispielsweise zum europäischen Recht⁹¹¹ – **nicht erforderlich** ist, können einige Optimierungen des Gesetzestextes zu mehr Rechtssicherheit, einer konsistenteren Rechtsanwendung und einer besseren Akzeptanz der neuen Konzeption führen.

Die Einführung eines neuen Absatzes in Art. 2 VKU würde eine Klarstellung und ein Bekenntnis zur neuen Konzeption herbeiführen. Der bestehende Wortlaut von **Art. 2 VKU** könnte mit dem folgenden **Absatz 1bis** ergänzt werden:

„¹Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

^{1bis}*Solche Vorgänge begleitende Abreden bzw. missbräuchliche Verhaltensweisen gemäss Artikel 5 bzw. 7 des Gesetzes, welche in den den kontrollierenden Unternehmen verbleibenden Tätigkeitsbereichen stattfinden, unterstehen, mit Ausnahme von notwendigen Abreden (ancillary restraints), ausschliesslich und für sich alleine der Kontrolle und den Rechtsfolgen nach Artikel 5 bzw. Artikel 7 des Gesetzes*

²Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen die Funktionen nach Absatz 1 erfüllt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen“.

Zur Verdeutlichung der Bedeutung des Vollfunktionskriteriums als eine Art Aufgreifschwelle der Zusammenschlusskontrolle, könnte **Art. 2 Abs. 1 VKU** am Schluss mit folgendem Satz *ergänzt* werden: „*Andernfalls sind solche Vorgänge unbedenklich*“. Dadurch würde gleichzeitig klargestellt, dass Teilfunktions-Joint Venture-Entstehungen auch vom Strukturänderungsprivileg zwar erfasst, für den wirksamen Wettbewerb aber unschädlich sind.

Da die Bestimmung in **Art. 2 Abs. 2 VKU** schon ausdrücklich in den übrigen Joint Venture relevanten Bestimmungen enthalten ist (Art. 4 Abs. 3 KG und Art. 2 Abs. 1 VKU)⁹¹², kann dieser Absatz *ersatzlos gestrichen* werden⁹¹³.

Zu überlegen wäre auch, ob die Zeit nicht reif geworden ist, das aus politischen Gründen entfernte *Aufgreifkriterium des Marktanteils*, welches noch im Vorentwurf

⁹¹¹ Die neue Einordnungskonzeption kann im europäischen Recht wegen der dort gefestigten Kombination von Trennungstheorie und Doppelkontrolle – basierend v.a. auf Art. 2 Abs. 4 FKVO – nicht zur Anwendung kommen. Eine Chance für die neue Konzeption wäre der fünfte Alternativvorschlag im Grünbuch über die Revision der FKVO, 31. Januar 1996 KOM(96) 19 endg., N. 109, gewesen.

⁹¹² Supra KAPITEL 5: D.I.2.b.cc.

⁹¹³ Im Ergebnis gleich aber mit einer anderen Begründung: SUTER DEPLAZES, S. 34 f. und 213.

zum KG enthalten war, wiedereinzuführen und somit die bestehenden Aufgreifkriterien in **Art. 9 KG** zu ergänzen (durch folgenden Zusatz in Absatz 4)⁹¹⁴:

„⁴Die Meldepflicht besteht ungeachtet der Absätze 1-3, wenn der gemeinsame Marktanteil von am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen 30 Prozent oder mehr beträgt oder wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist“.

Dadurch könnten v.a. umsatzärmere (oft regionale) Märkte besser und effizienter vor schädlichen Zusammenschlüssen geschützt werden⁹¹⁵. Denn nicht nachvollziehbar ist, warum ausgerechnet umsatzärmere Märkte weniger Schutz benötigen. Auch solche Märkte basieren auf wirksamem Wettbewerb. Vermutlich geht die starke Anlehnung an die Umsatzkriterien im heutigen Art. 9 KG auf das EG-Recht zurück. Dort können aber umsatzmässig kleinere Märkte immer noch von nationalen Fusionskontrollen subsidiär erfasst werden, was für das schweizerische Recht auch sinngemäss nicht zutrifft und darum ohne der vorgeschlagenen Ergänzung nicht zu übernehmen ist.

⁹¹⁴ Nähere Hinweise finden sich in den FN. 733 f.

⁹¹⁵ Entsprechende Revisionsgedanken (v.a. zum EG-Recht) finden sich auch bei SUTER DEPLAZES, S. 102 ff. und 213 f.